Die Haftung für Mängel beim Viehkaufe

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur

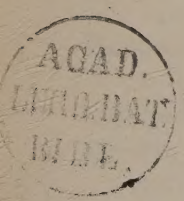
Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

H. Lansemann, Rechtsanwalt,
aus Wismar.



Schwerin i. M. 1907.
Bärensprungsche Hofbuchdruckerei.

Referent:

Professor Dr. **Matthiaß.**

Literaturangaben.

A. Einzelwerke.

Averdunk, Die Haftung des Verkäufers für Viehmängel nach dem B.G.B, dogmatisch und auf histor. Grundlage dargestellt. Inaugural-Dissertation.

Babl, Die Gewährleistung bei Viehveräußerungen. 2. Aufl. 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1902.

David, Die Gewährleistung wegen Mängel von Haustieren in der Zeitschrift des Rheinpreußischen Amtsrichtervereins. 18. Jahrg. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches. II. Bd., 2. Abteilg., 3. Aufl. 1906.

Dieckerhoff, Die Gewährleistung beim Viehhandel. 1895.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. III. Bd. 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd., 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 1901.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

Hellbach, Mängel der verkauften Sache, im Recht 1905, S. 6 ff.

Hirsch-Nagel, Die Gewährleistung beim Viehhandel. 1900.

Hirsch, Über Anfechtbarkeit eines Viehkaufes wegen Irrtums auf Grund heimlicher Mängel (Jahrbuch für Württemberg. Rechtspflege, Bd. 16, S. 135 ff.)

Kisch, Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. 1900.

Kloß, Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache (Sächs. Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 9, S. 273 ff.)

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1906.

Krückmann, Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz beim Viehkauf, nebst Anhang von Ströse. 1904.

Kuhlenbeck, Das B.G.B. I., 2. Aufl. 1903.

Maas, Bibliographie des bürgerlichen Rechts.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.

Meisner, Viehgewährschaft. 1900.

Neumann, Gewährleistung beim Viehkauf in der deutschen Juristenzeitung, 8. Jahrg., S. 52 ff.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Planck, Kommentar zum B.G.B.

Rein, Die Bestimmungen des B.G.B. über die Gewährleistung bei Viehveräußerungen. 1899.

Reuter-Sauer, Die Gewährleistung bei Viehveräußerungen. 1900.

Scherer, Das 3., 4. Jahr des B.G.B. 1903, 1904.

Scherer, Die 5 ersten Jahre des B.G.B. 1905.

Scherer, Kommentar zum B.G.B. II. Buch. 1899.

Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf, in Jherings Jahrbüchern, 49, S. 93 ff.

Stölzle, Viehkauf (Viehgewährschaft) nach dem B.G.B. (kaiserl. Verordnung erläut. v. Weißkopf). 3. Aufl. 1904.

Schneider, Rechtsregeln des Viehhandels nach deutschem Gesetze.

Schroeder, J. U., zur Lehre der Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache. Dissertation. Halle.

Schuhmacher, Viehhandel und Viehprozeß. 3. Aufl. 1900.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung in Gruchot's Beiträgen. Bd. 46, S. 1 ff.

Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. und 7. Aufl. 1900.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 2. Aufl. 1906.

Tielker, Die Gewährleistung beim Viehhandel. Inaugural-Dissertation.

Titze, Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd., 8. Aufl. 1900.

B. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archiv für bürgerliches Recht.
Badische Rechtspraxis.
Deutsche Juristenzeitung.
Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann.
Jahrbuch für Württembergische Rechtspflege.
Juristische Wochenschrift.
Meckl. Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Das Recht.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann (O. L. G.)
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Soergel, Rechtsprechung.
Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.

C. Materialien.

Motive zu dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwurfe.
Denkschrift zu dem dem Reichstage vorgelegten Entwurfe.
Protokolle der II. Kommission, zitiert nach der im Auftrage des Reichsjustizamtes erfolgten Bearbeitung von Achilles.

Disposition.

A. **Einleitung.** § 1.

B. **Hauptteil: Die Haftung für Mangel beim Viehkauf auf Grund der Gewährleistungsvorschriften. (481 ff. des B.G.B.)**

a) die Grundsätze des Viehgewährschaftsrechts im allgemeinen. § 2.

b) im einzelnen.

aa. Gesetzliche Haftung für Fehler der Sache.

α. Von der Beschränkung der Haftung auf Hauptmängel und von den Gewährfristen im allgemeinen. § 3.

β. Der Inhalt der kaiserlichen Verordnung. § 4.

γ. Die Gewährfristen insbesondere: § 5.

I. die für ihre Bemessung maßgebenden Grundsätze.

II. Berechnung der Gewährfristen.

III. ihre Bedeutung zufolge der Vermutung des § 484.

IV. Vertragliche Änderung und Ausschluß.

δ. Verlust der Rechte durch Verletzung der Anzeigepflicht. § 6.

ε. Die Gewährleistungsansprüche: § 7.

I. im allgemeinen.

II.—V. die besondere Ausgestaltung des Wandlungsanspruches.

II. § 487, Absatz 2; III. § 487, Absatz 3; IV. § 487, Absatz 4 und 488; V. § 489.

VI. Der Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Tieres.

ζ. Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche. § 8.

bb. Die Haftung auf Grund von Vertragsabreden. § 9.

§ 1.

A. Einleitung.

Die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sache wird in erster Linie durch die Vorschriften über die Gewährleistung (§§ 459 ff.) bestimmt, ohne daß es jedoch mit letzteren Normen schlechthin unvereinbar wäre, bei Fehlerhaftigkeit der Ware gleichzeitig auch noch aus anderen gesetzlichen Bestimmungen unter Umständen Rechte für den Käufer herzuleiten.[1])

Die Gewährleistungspflicht wegen Mängel der Kaufsache hat im B.G.B. eine besondere Regelung für den Viehkauf erhalten, jedoch nur für den Verkauf von Tieren bestimmter Gattungen, nämlich von Pferden, Eseln, Mauleseln, Maultieren, von Rindvieh, Schafen und

---

[1]) S. vor allem unten S. 9, A. 1 u. 2. Bezügl. des Verhältnisses der Gewährleistungsvorschriften zur Lehre vom Irrtum muß hier auf die eingehenden Ausführungen des Reichsgerichts in Band 61 S. 171 und die dort Zitierten verwiesen werden. (Vgl. ferner Brencha im Jahrbuch für Württ. Rechtspfl. Bd. 15, 253 ff. und Hirsch ebenda, Bd. 16, 135 ff; Baum in der D. Jurist.-Ztg. 1902, S. 144.) Die vom Reichsgericht entwickelten Gründe können auch für den Viehkauf nur dazu führen, die Anfechtung wegen aller Fehler im Sinne des § 459, nicht nur wegen der Hauptmängel auszuschließen.

Schweinen (§ 481)[1]), während für den Verkauf der übrigen Tiere (der Ziegen, Hunde, des Geflügels, der wilden Tiere usw.) die gewöhnlichen Normen Platz greifen.

Nur die besonderen Viehgewährschaftsregeln sind im folgenden darzustellen.

B. Hauptteil.

Die Haftung für Mängel beim Viehkauf.

§ 2.

a) Die Grundsätze des Viehgewährschaftsrechts im allgemeinen.

Das Viehgewährschaftsrecht hat im B.G.B. nicht in der Weise eine in sich geschlossene, gesonderte Darstellung erfahren, daß die gesamten Regeln der Gewährleistung für den Viehkauf zusammenhängend entwickelt würden, sondern die einschlägigen Spezialvorschriften der §§ 482—492 enthalten nur die Abweichungen von den allgemeinen Regeln der Mängelhaftung beim Kauf. Überall, wo sich nicht aus den speziellen Vorschriften ein anderes ergibt, sollen die allgemeinen Regeln eingreifen (§ 481).

Bei der speziellen Regelung der Viehgewährschaft ist das B.G.B. seinen deutsch-rechtlichen Vorbildern ge-

[1]) Nur den Verkauf lebender Tiere betrifft die besondere Regelung. Stölzle § 481, Note 3, Averdunk S. 30.

folgt. In dem bunten Bilde, welches das vor 1900 geltende Viehgewährschaftsrecht bot, waren 3 Hauptsysteme zu unterscheiden:[1])

a) Nach dem deutsch-rechtlichen System hatte der Verkäufer nur gewisse gesetzlich bestimmte Mängel zu vertreten und im allgemeinen auch nur dann, wenn sie während einer gesetzlich festgelegten Gewährfrist hervortreten. Dem Käufer stand letzteren Falls jedoch die Vermutung zur Seite, daß der hervorgetretene Mangel zu der für die Haftung entscheidenden Zeit vorhanden gewesen war. Regelmäßig konnte nur Wandlung verlangt werden.

b) Das römisch-rechtliche (u. a. in den beiden Mecklenburg herrschende) System unterwarf den Viehkauf keinen besonderen Regeln; der Verkäufer haftete demnach für alle verborgenen erheblichen Mängel auf Wandlung und Minderung, falls die Mängel als im maßgebenden Zeitpunkt vorhanden nachgewiesen wurden.

c) Das gemischte System ging grundsätzlich von der römisch-rechtlichen Regelung aus, gab aber dem Käufer in gewissen Fällen die deutsch-rechtliche Vermutung, insbesondere bei den bereits innerhalb 24 Stunden hervortretenden („Nacht"-)Krankheiten.

Wegen der großen Vorzüge, die das deutsch-rechtliche System dadurch bietet, daß es Prozesse abschneidet und eine einfache, klare Rechtslage schafft, wurde es bereits dem 1. Entwurf zu Grunde gelegt, trotz lebhaften Widerspruches auch fernerhin festgehalten und ist nunmehr im B.G.B. zur Anerkennung gelangt.

---

[1]) Vgl. Denkschrift S. 65.

b) Die Grundsätze des Viehgewährschaftsrechts im einzelnen.

aa. Gesetzliche Haftung für Fehler der Sache.

§ 3.

α. Von der Beschränkung der Haftung auf Hauptmängel und von den Gewährfristen im allgemeinen.

Der wichtigste vom B.G.B. übernommene Grundsatz des deutschrechtlichen Systems ist derjenige, daß der Verkäufer, von weitergehender Parteivereinbarung abgesehen, kraft Gesetzes nur gewisse, gesetzlich bestimmte „Fehler“[1]) (Hauptmängel) und auch diese nur dann zu vertreten hat, wenn sie sich innerhalb gesetzlich bestimmter Fristen (Gewährfristen) zeigen. (§ 482, Abs. 1.) Hierdurch wird der Abs. 1 des § 459, soweit er nicht den für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit maßgebenden Zeitpunkt festsetzt, für den Viehkauf außer Wirkung gesetzt. Die Haftung tritt nur für Hauptmängel ein, für diese aber auch dann, wenn durch den Fehler im einzelnen Falle die Tauglichkeit des Tieres zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch nicht gemindert wird oder nur eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit in Frage steht.[2]) Doch kann hier unter Umständen der § 226 dem Verkäufer Schutz bieten.

---

[1]) Die Bezeichnung „Mangel“ umfaßt nach gesetzlichem Sprachgebrauch (§ 459 ff.) außer den Fehlern den Mangel einer zugesicherten Eigenschaft.

[2]) Vgl. Hirsch-Nagel S. 15 ff.

Für Nichthauptmängel greift dagegen kraft Gesetzes eine Gewährleistungspflicht auch dann nicht ein, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschweigt.[1]) Indessen können in diesem Falle die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit gemäß § 123 vorliegen und ein deliktischer Schadensersatzanspruch aus § 823, Abs. 2 oder § 826 gegeben sein.

Diese Beschränkung der Haftung auf Hauptmängel hat auch eine Modifikation des Satzes zur Folge, nach dem bis zur Übergabe (bezw. dem nach § 447 oder 300 maßgebenden Zeitpunkt) der Verkäufer die Gefahr der Verschlechterung der Kaufsache trägt. Entsteht im Falle des Spezieskaufs zwischen Vertragsschluß und Übergabe ein Nichthauptmangel ohne Verschulden des Verkäufers, so greift weder eine Gewährleistungspflicht Platz, noch kann der Käufer etwa aus den Vorschriften über die nachfolgende teilweise Unmöglichkeit (§ 323) Rechte herleiten. Denn für diese letzteren Vorschriften[2]) ist —

[1]) Vgl. hierzu O. L. G. 8, 73; Entsch. des O. L. G. Kiel in Soergel 1906 zu § 482; Entsch. des L. G. Liegnitz im Jahrbuch des D. R., 3. Jahrgang, Note 26 zu § 482. Krückmann A. 5 zu § 485, Seite 64; Planck A. 2 zu 482, Averdunk S. 34.

[2]) So die herrschende Meinung, vgl. Kisch S. 194, Schöller S. 17, 19ff., Titze S. 276, Crome II S. 448, A. 33. Abw. Planck A. 7 b zu § 462; Staudinger S. 69, Windscheid-Kipp S. 655. Nach der Gegenansicht würde u. a. die Kaufpreisforderung bei Entstehung eines Mangels sich ipso jure mindern, so daß die Verjährung hier nicht Platz greifen könnte.

soweit ein Verschulden[1]) nicht in Frage steht — neben den speziellen Vorschriften der §§ 459 ff kein Raum. Mithin trägt also in Ansehung der Nichthauptmängel bereits seit Abschluß des Kaufs der Käufer die Gefahr. (Schneider S. 68, Krückmann S. 51, Schuhmacher S. 37, A. 11; L. G. Güstrow in Meckl. Zeitschr. 24, S. 327 ff.)

Nach den unverändert auch für den Viehkauf in Kraft bleibenden §§ 460, 461 und 464 ist der Verkäufer von einer Haftung für den Hauptmangel frei

1. wenn der Fehler dem Käufer bei Vertragsschlusse bekannt war, oder

2. wenn ihn der Käufer, ohne daß etwa arglistiges Verschweigen des Verkäufers oder eine besondere Zu-

[1]) Für den Fall der verschuldeten nachträglichen Verschlechterung wird § 325 zur Anwendung zu bringen sein. Denn wenn auch beim Spezieskauf zwar eine zur Erfüllung gehörende Verpflichtung zur Lieferung der Sache in fehlerfreiem Zustande nicht bestehen dürfte, die §§ 320 ff. also im allgemeinen bei Mangelhaftigkeit der Sache nicht inbetracht kommen, (Schollmeyer S. 93 ff., Hellbach S. 6, Krückmann S. 105 ff.; vgl. Crome II, S. 444, Schroeder S. 65. A. A. Schöller S. 17 und die bei Krückmann S. 105 Zitierten, auch R.-G. Bd. 53, S. 73) so wird es doch zur Erfüllung gehören, daß die Sache in denjenigen Zustande geliefert wird, in dem sie sich beim Kaufabschlusse befindet (vgl. vor allem Schollmeyer S. 93, Hellbach S. 6). Daß die Pflicht zur Gewährleistung nicht schlechthin die Haftung für vertragliches Verschulden ausschließt, wird in der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 53, S. 202 u. a. ausgeführt. — Für die Anwendbarkeit des § 325 u. a. Kisch S. 194, Planck Note 7 b zu 462, Schöller S. 20, Oertmann § 459 A. 6; Abweichend Endemann I § 161 A. 20; Krückmann S. 106 und die dort Zitierten.

sicherung in Ansehung des Fehlers vorliegt, zufolge grober Fahrlässigkeit beim Vertragsschlusse nicht bemerkt hat, ferner

3. wenn das Tier auf Grund eines Pfandrechtes in öffentlicher Versteigerung als Pfand verkauft ist (§ 461) und

4. wenn der Käufer das mit dem Hauptmangel behaftete Tier in Kenntnis des Fehlers annimmt, ohne sich seine Rechte wegen des Mangels vorzubehalten. Hierher gehören endlich noch § 806 der C.P.O. und § 56 des Zwangsversteigerungsgesetzes.

II. Der Verkäufer haftet für die Hauptmängel nur, wenn sie sich innerhalb gesetzlich bestimmter Fristen „zeigen" d. h. vom Käufer oder irgend einem anderen wahrgenommen werden.

Der Ausdruck „sich zeigen" kann freilich m. E. zu Zweifeln über seine Bedeutung Anlaß geben. Man könnte darunter dem bloßen Wortlaute nach auch das Hervortreten in erkennbarer Weise verstehen und man könnte sich Ausnahmefälle denken, wo der Beweis, daß die zu spät bemerkten Krankheitssymptome schon während der Gewährfrist erkennbar hervorgetreten sind, mit Sicherheit geführt werden könnte;

z. B. das einzige Pferd des Käufers wird aus irgend welchen Gründen am Abend des letzten Tags der Gewährfrist in einen andern Stall gebracht. Am nächsten Morgen zeigt sich hochgradiger akuter Rotz und es werden nun auch an dem alten Standort des Pferdes deutliche Spuren von eiterigem Schleim usw. festgestellt Der Tierarzt wird ferner bisweilen nach dem Zustande

der Krankheitssymptome sein Gutachten dahin abgeben können, daß diese, oder daß überhaupt irgend welche Symtome schon während der Gewährfrist notwendig zu Tage getreten sein müssen.

Wollte man diese objektive Erkennbarkeit des Fehlers entscheidend sein lassen, so würde eine Unsicherheit in das Gesetz hineingetragen, die zweifellos seiner Tendenz durchaus widerspricht. Letzterer wird vielmehr nur diejenige Auslegung gerecht, nach der das „sich Zeigen" die Wahrnehmung durch irgend eine Person in sich schließt.[1])

Für diese Auffassung spricht m. E. auch der nahe Zusammenhang zwischen den Vorschriften über die Gewährfrist und derjenigen über die Anzeigepflicht. Als normale Voraussetzung der Anzeige, die prinzipiell — von der kurzen Nachfrist abgesehen — während der Gewährfrist zu geschehen hat, ist doch zu unterstellen, daß der Fehler wahrgenommen ist.

Nicht für erforderlich ist dagegen zu erachten, daß der Charakter der Krankheit als Hauptmangel innerhalb der Frist erkannt worden ist,[2]) vielmehr müssen während der Gewährfrist nur Symptome der Krankheit wahrgenommen werden, die nach wissenschaftlichen Grundsätzen mindestens einen Verdacht auf Vorliegen des Hauptmangels zu begründen geeignet sind.[3])

---

[1]) So Stölzel S. 77,2, Hirsch-Nagel S. 22, Planck N. 1 b zu 482; Meisner S. 14.

[2]) Meisner S. 14, Stölzle S. 78.

[3]) Meisner S. 14.

§ 4.

β. Der Inhalt der kaiserlichen Verordnung.

I. Die Hauptmängel wie die Gewährfristen sind nicht durch das B.G.B. selbst festgelegt, sondern ihre Bestimmung ist nach § 482, Abs. 2, einer mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassenden kaiserlichen Verordnung übertragen. Da die Verordnung jederzeit auf gleichem Wege ergänzt und geändert werden kann, wird es durch diese Regelung außerordentlich erleichtert, Fortschritten der tierärztlichen Wissenschaft sowie Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse, z. B. dem Auftreten neuer Seuchen, Rechnung zu tragen.

Die kaiserliche Verordnung vom 27. März 1899 bestimmt die Hauptmängel und Gewährfristen nicht nur je nach der Gattung verschieden, welcher das verkaufte Tier angehört, sondern gleichzeitig auch nach dem Verwendungszweck, zu dem das einzelne Tier verkauft wird. § 1 setzt Hauptmängel und Fristen für den „Verkauf von Nutz- und Zuchttieren", § 2 diejenigen für „Schlachttiere", d. h. nach gesetzlicher Definition für solche Tiere fest, die alsbald geschlachtet werden sollen und bestimmt sind, als Nahrungsmittel für Menschen zu dienen.

II. Welche Tiere unter den letzteren § 2 fallen, kann bei dessen präziser Fassung nicht zweifelhaft sein; jedenfalls nicht die an den Frohner zum Abtöten, an eine Menagerie als Löwenfutter oder an ein physiologisches Institut zur Vivisektion verkauften Tiere[1]), da sie sämtlich nicht zur menschlichen Nahrung dienen sollen. Für das Erfordernis des „alsbaldigen" Schlachtens ist ein un-

[1]) Ebenso Stölzle S. 95, Krückmann S. 41.

gefährer Maßstab durch die Dauer der Gewährfristen gegeben, da die für Schlachtvieh anerkannten Hauptmängel regelmäßig nur beim Schlachten erkennbar sind, also Schlachtung während der Gewährfrist vorausgesetzt wird.[1])

Zweifelhaft kann dagegen sein, was unter den Nutz- und Zugtieren des § 1 zu verstehen ist. Schneider (S. 125) betrachtet den § 2 lediglich als Ausnahme von § 1, versteht also, wie vor allem sein Bericht an den deutschen Landwirtschaftsrat[2]) ergibt, unter Nutz- und Zuchttieren schlechthin die Haustiere[3]), zu denen alle Tiere, die nicht von der speziellen Ausnahme des § 2 getroffen werden, gehören würden. Mithin würde z. B. der Verkäufer des als Löwenfutter verkauften Pferdes wegen aller Hauptmängel des § 1 (Dummkoller usw.) haftbar sein.

Die Auffassung von Schneider, nach der die Bezeichnung der Tiere des § 1 als Nutz- und Zuchttiere bedeutungslos sein würde, ist unvereinbar mit der wohlbeabsichtigten Fassung des Gesetzes. Der Verkauf als Schlachttier erscheint nicht als Unterfall des § 1, sondern es handelt sich um 2 nebengeordnete Fälle. Die Absicht des Gesetzgebers ergibt sich mit Sicherheit aus dem Vorentwurf der Verordnung.[4])

---

[1]) Schneider S. 125; Krückmann S. 42; etwas abweichend Hirsch-Nagel S. 32.

[2]) Abgedruckt bei Hirsch-Nagel S. 150.

[3]) Nach ihm sind also wohl Nutztiere auch diejenigen, die nur durch ihre Verbrauchbarkeit Nutzen bieten.

[4]) Abgedruckt bei Hirsch-Nagel S. 122: Als Hauptmängel . . . bei dem Verkauf von Haustieren werden bestimmt: A. hinsichtlich der Nutz- und Zuchttiere. . . . B. hinsichtlich der Schlachttiere. . . .

Im Gegensatz zu Schneider faßt Krückmann[1]) m. E. den Begriff der Nutz- und Zuchttiere zu eng. Er versteht unter Nutztieren anscheinend nur Tiere, welche wegen der wiederkehrenden Erträge, die von ihnen abgesondert werden können (Milch, Wolle) oder wegen der Nutzbarkeit ihrer Arbeitskraft gehalten werden.[2]) Hiernach würde das Schwein u. a. niemals als Nutztier gelten können, sondern event. nur als Zuchttier dem § 1 unterfallen. Mastvieh würde niemals Nutzvieh sein,[3]) also der Verordnung allgemein nicht unterstehen.

Krückmann will nun freilich dem Tagelöhner usw., der ein Schwein oder dergl. zum Fettmachen, Mästen kauft, dadurch helfen, daß er hier[4]) wie überall, wo die Verordnung nach seiner Auffassung eine Regelung nicht trifft — also auch bei dem Verkauf an den Frohner, die Menagerie usw.[5]) — die allgemeinen Haftungsnormen der §§ 459 ff. für anwendbar erklärt. Dies möchte ich jedoch in Übereinstimmung mit Planck (A. 3 zu § 482), Hirsch-Nagel (S. 31) für unzulässig halten. Durch die Vorschrift des § 482 (Abs. 1): „Der Verkäufer hat nur bestimmte Fehler zu vertreten" ist m. E. in Verbindung mit der ausdrücklichen Bestimmung des § 481 die abweichende allgemeine Vorschrift des § 459 für den Bereich des Viehkaufs schlechterdings ausgeschlossen.

[1]) S. 41 ff.

[2]) Vgl. auch Hirsch-Nagel S. 30 unter 6.

[3]) Vgl. Krückmann S. 42.

[4]) Krückmann S. 41, 42.

[5]) Hierfür auch Endemann A. 6 zu 161a; ferner (in irrtümlicher Berufung auf Plank und Hirsch-Nagel) Staudinger A. 4a zu § 482.

Auch wenn die Verordnung lückenhaft ist und die vorgesehene Bestimmung der Fehler für gewisse Fälle tatsächlich nicht erfolgt ist, so hat dies keineswegs für diese Fälle den Wegfall der Bestimmung des § 482 zur Folge, vielmehr behält die in ihm enthaltene Vorschrift der Unanwendbarkeit des § 459 Abs. 1 auf alle Fälle Bestand. („nur")

Hiervon abgesehen wäre es aber auch ein eigenartiges, sicher nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechendes Resultat, wenn für Tiere derselben Gattung, je nachdem, ob sie gerade als Masttiere oder als Schlachttiere usw. verkauft werden, bald die weitgehende allgemeine Mängelhaftung ohne Gewährfristen, bald die beschränkte Viehgewähr mit Gewährfristen, Anzeigepflicht usw. Platz greifen sollte.

Sonach würde also, wenn Krückmann's Auffassung von dem Begriff der Nutz- und Zuchttiere zutreffend wäre, eine Haftung für Mastvieh überhaupt nicht begründet sein. Und doch wäre dies sehr unbillig, hier auch den Schutz des § 1 zu versagen, da z. B. die nach § 1 für Schweine anerkannten Hauptmängel regelmäßig zum Tode führen und das Fleisch nur bei unverzüglicher Tötung des Tieres event. einen stark geminderten Wert behält.[1])

M. E. ist aber das Mastvieh durchaus zum Nutzvieh zu rechnen. Gegenüber den Schlachttieren des § 2 wird man unter Nutztieren alle diejenigen zu verstehen haben, die lebend von wirtschaftlichem Nutzen für den Besitzer sind, ihm lebend Nutzen schaffen. Der erhebliche Nutzen

[1]) Reuter-Sauer S. 261.

aber, den auch das Masttier z. B. dem Landwirte schafft, besteht darin, daß es ihm die intensive Verwertung des Feld- (usw.) Futters ermöglicht, indem es die billigen Futterstoffe im Körper verarbeitet und in Fleisch, Fett usw., also erheblich höhere Werte, verwandelt. Ebenso will auch der Fabrikarbeiter, Handwerker usw., der sich ein Schwein zum Fettmachen kauft, die Lebenskraft des Tieres ausnutzen, das Tier soll ihm durch Umwandlung von billigen Futterstoffen, z. B. Wirtschaftsabfällen, in wertvolles Fleisch und dergl. einen wirtschaftlichen Nutzen leisten.

Keine Nutztiere im Sinne des § 1 sind dagegen der fettgemästete schlachtreife Ochse, das alte nur zur Schlachtung noch taugliche Pferd, Tiere, die in lebendem Zustande keinen irgendwie erheblichen Nutzen mehr bringen, sondern deren Nutzbarkeit nur in ihrer Verbrauchbarkeit gesehen werden könnte.

Unter § 1 fallen also alle Tiere, die — für eine nicht unerhebliche Zeit — lebend genutzt, wegen ihres Nutzens gehalten werden sollen, im wesentlichen also alle Tiere, die nicht alsbald getötet werden sollen. Soll freilich das Schlachttier singulärer Weise erst nach geraumer Zeit ohne vorherige Mastung oder Benutzung geschlachtet werden, oder kauft etwa ein Tierfreund ein altes Pferd, um ihm das Gnadenbrot zu geben, so würde weder § 1 noch § 2 Anwendung finden.

Das Gleiche gilt von Tieren, die alsbald geschlachtet werden sollen, aber nicht zur menschlichen Nahrung zu dienen bestimmt sind. Für das an den

Frohner, die Menagerie usw. verkaufte Tier findet eine Gewährleistung nicht statt.[1])

III. Da der Verwendungszweck des Tieres entscheidend für den Umfang der Mängelhaftung ist, so ist die Frage wichtig, durch wessen Verhalten dieser Verwendungszweck bestimmt wird, insbesondere ob eine Einigung der Parteien über ihn erforderlich ist. Dieser letztere Standpunkt wird in den Erwägungen des Bundesrats (veröffentlicht im Deutschen Reichsanzeiger 1899 S. 143)[2]) vertreten unter dem Hinzufügen, daß Mangels einer Einigung der ganze Vertrag in der Regel gemäß § 155 des B.G.B. nichtig sein werde. Letztere Bemerkung geht fehl. Die Bestimmung des Verwendungszweckes ist weder zur inneren Vollständigkeit des Vertrages erforderlich,[3]) noch handelt es sich — von Ausnahmefällen abgesehen — um einen Punkt, über den nach der Erklärung einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden sollte.[4]) Der Vertrag bleibt also regelmäßig gültig, und es wäre nun doch ein unleidlicher Zustand, wenn in allen Fällen, wo eine Einigung über den Zweck nicht getroffen ist, die Verordnung nicht anwendbar sein sollte.

Die Frage, wessen Bestimmung in Ansehung des Verwendungszweckes maßgebend ist, ist freilich sehr bestritten.

---

[1]) Ebenso Stölzle S. 95 c, Planck A. 3 zu 482 S. 395, Hirsch-Nagel S. 31, Schuhmacher S. 40, A. 14.

[2]) Abgedruckt u. a. bei Reuter-Sauer S. 198 ff.

[3]) Zur Aufstellung einer dahingehenden Norm wäre die Verordnung nicht kompetent. Vgl. Endemann A. 6 zu § 161a, Meisner S. 113, jedoch Krückmann S. 46, A. 1.

[4]) Vgl. Endemann A. 6 zu § 161a.

Einigkeit herrscht natürlich darüber, daß, wenn ausdrücklich oder stillschweigend eine Einigung über den Zweck erfolgt ist, diese entscheidet.[1])

Hat eine Einigung jedoch nicht stattgefunden, so läßt Meisner (S. 115) die einseitige innere Absicht des Käufers — abgesehen von dem Fall der Mentalreservation — entscheiden. Schneider dagegen[2]) (S. 125) wendet gemäß seiner bereits oben[3]) zurückgewiesenen Auffassung den § 1 als den Normalfall an,[4]) während Endemann (A. 6 zu 161a) die spätere tatsächliche Verwendung des Tieres für maßgebend hält.

Krückmann endlich (S. 42 ff.), der zuerst die Frage erschöpfend auf das Eingehendste behandelt, gibt dem Käufer Mangels einer Einigung die geringeren Rechte aus § 2 der Verordnung.

Letztere Ansicht verdient den Vorzug. Aus der Verordnung ist ganz gewiß irgend ein Anhalt dafür, daß die innere Absicht des Käufers entscheidend sein soll, nicht zu entnehmen. Es wäre auch sehr ungewöhnlich, wenn das Gesetz den inneren nicht erkennbaren Willen einer Partei maßgebend für den Umfang der Haftung des Vertragsgegners sein ließe,[5]) zumal dieser Wille mit Sicherheit nie festzustellen ist. Nach dem richtig verstandenen Wortlaut und Sinn der Verordnung soll viel-

[1]) Meisner S. 113, Krückmann S. 42 unten, Schneider S. 125.

[2]) Und ebenso — zwecks Vermeidung unbilliger Konsequenzen — Oertmann, Bem. zu § 482.

[3]) Vgl. oben S. 16.

[4]) Gegen Schneider auch noch Krückmann S. 48.

[5]) Krückmann S. 46, 2. Abs.

mehr zweifellos derjenige Verwendungszweck entscheiden, der sich aus den Vertragsberedungen ergibt. Freilich wird sich der Verkäufer meist beim Vertrage dem geäußerten Willen des Käufers stillschweigend unterwerfen. Denn die Bestimmung, was tatsächlich mit dem Tiere geschehen soll, steht ja allein dem Käufer zu und der Verkäufer hat vielfach kein Interesse, dem Käufer zu widersprechen und zu erklären, er verkaufe das Tier nur zu einem anderen Zwecke, z. B. nur als Schlachttier. In allen Fällen, wo eine Partei in erkennbarer Weise den Willen geäußert hat, das Tier zu einem bestimmten Zweck zu verkaufen oder zu kaufen, und der Vertragsgegner nicht widersprochen hat, ist dem Erfordernis der Einigung genügt.[1])

Erklärt z. B. der Verkäufer, die Kuh sei frischmilchend, gesund im Euter usw. oder das Schaf gebe gute, feine Wolle,[2]) und ist nicht demgegenüber aus den Umständen erkennbar der abweichende Wille des Käufers, das Tier zu Schlachtzwecken zu kaufen, hervorgetreten, so kann sich später weder der Verkäufer noch der Käufer auf den § 2 berufen, das Tier ist als Nutztier verkauft. Vielfach wird sich der Verwendungszweck ohne weiteres aus den Umständen ergeben, z. B. aus dem Preise des Tieres. Der Verkauf an einen Schlächter[3]) wird ferner im Zweifel als Verkauf zu Schlachtzwecken aufzufassen sein, während derjenige, der sich dem Verkäufer als Landwirt oder Pferdehändler zu erkennen

[1]) Vgl. Krückmann S. 43 oben, Hirsch-Nagel S. 32.
[2]) Krückmann S. 43.
[3]) Stölzle S. 94, 1a, vgl. Krückmann S. 43, Abs. 3.

gibt, Mangels entgegenstehender Umstände als Käufer von Nutztieren auftritt.

Liegt eine Einigung über den Verwendungszweck nicht vor, so ist nicht zu leugnen, daß hier die unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung nach ihrem Wortlaute versagt. Ich möchte es jedoch mit Krückmann[1]) aus dringendsten Billigkeitsgründen für erforderlich und für zulässig erachten, in diesem Fall aus der ratio legis eine billige und ungezwungene Lösung der Frage herzuleiten.

Da nun die Regelung der Hauptmängel bei den Schlachttieren im wesentlichen eine Abschwächung der Haftung gegenüber dem § 1 darstellt,[2]) so wird es als dem Sinne der Verordnung entsprechend angesehen werden können, dem Käufer von Tieren, die entweder als Nutztiere (§ 1) oder als Schlachttiere (§ 2) dienen sollen, wenigstens den minderen Schuts aus § 2 zu gewähren.[3])

Hiernach haftet der Verkäufer also, wenn bei dem Vertragsschlusse eine Bestimmung des Verwendungszweckes des Tieres nicht erfolgt ist, für die Schlachtviehmängel.[4])

Der Standpunkt Meisner's, der die innere Absicht des Käufers entscheiden läßt, kann, wie oben ausgeführt,

---

[1]) S. 47, 48.

[2]) Die Verordnung vermittelt in 1. Linie gegenüber der Forderung der Landwirte, jede Haftung bei Schlachttieren auszuschließen. Vgl. Verhandlungen des Landwirtschaftsrates, bei Hirsch-Nagel S. 139, 158, 162, 165 usw.

[3]) Vgl. Krückmann S. 48.

[4]) Krückmann S. 42—48.

nicht als dem Sinn der Gesetzesbestimmungen entsprechend angesehen werden. Außerdem führt er praktisch zu der sehr bedenklichen Konsequenz, daß der Eid des Käufers über seine unkontrollierbare innere Absicht schließlich ausschlaggebend sein würde, was — wie Krückmann (S. 45) mit Recht hervorhebt — geradezu zu Meineiden verführen müßte, aber vor allem versagt ferner die Meisner'sche Lehre völlig, wenn der Käufer beim Verkaufe noch gar keine bestimmte Absicht hatte, wie z. B. der Viehgroßhändler, Aufkäufer, der die Tiere zu beliebigen Zwecken weiter verkaufen will, je nachdem die Gelegenheit sich gerade bietet.[1]) In letzterem Falle gar keine Haftung eintreten zu lassen, erscheint ebenso ungeheuerlich wie etwa die — gesetzlich unzulässige — Gewährung des Schutzes aus beiden §§ der Verordnung.

Ebensowenig wie die Lehre Meisner's nützt auch der von Endemann vorgeschlagene Ausweg, die spätere tatsächliche Verwendung des Tieres entscheiden zu lassen. Denn u. a. kann der Fehler hervortreten, ehe der Käufer irgend welche Bestimmung über die Verwendung des Tieres getroffen hat. Es erscheint aber auch durchaus unzulässig, die Frage, ob s. Zt. das Tier als Nutz- oder als Schlachttier verkauft worden ist, nach späteren, eventuell ganz zufälligen Geschehnissen zu entscheiden.

IV. Nach Vorstehendem gibt die von der Verordnung bei Festsetzung der Hauptmängel und Gewährfristen getroffene Unterscheidung nach dem jedesmaligen Verwendungszweck des verkauften Tieres zu verschiedenen Zweifelsfragen Anlaß. Die gesetzliche Zulässigkeit dieses

[1]) Krückmann S. 44, 45.

von der Verordnung getroffenen Verfahrens ist indessen ohne Grund bestritten worden.[1])

§ 5.

Die Gewährfristen insbesondere.

I. Bei Bemessung der Dauer der Gewährfristen durch die Verordnung war das Bestreben maßgebend, mit Hülfe der wissenschaftlichen Erfahrungen den Regelfällen Rechnung zu tragen, dagegen erschien es mit Rücksicht auf die Interessen des Verkäufers „untunlich, dieselben soweit auszudehnen, daß der Käufer in jedem Falle vor Benachteiligung geschützt ist".[2])

Somit kann im Einzelfall sehr wohl ein beim Gefahrübergang vorhandener Hauptmangel erst nach Ablauf der Frist hervortreten. Da jedoch der vom Käufer zu führende Nachweis, der Fehler sei bereits zur maßgebenden Zeit vorhanden gewesen, kaum jemals zu erbringen ist, so schneidet das Gesetz den Nachweis zur Vermeidung nutzloser Prozesse schlechthin ab.

II. Nach Vorschrift des § 483 sind die Gewährfristen von dem Ablauf des Tages an zu berechnen, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht. Der Zeitpunkt des Gefahrüberganges ist durch die Vorschriften in den §§ 446 und 447 sowie durch diejenigen über den Annahmeverzug (§§ 300, 324 Abs. 2) geregelt, regelmäßig entscheidet die Zeit der Übergabe des Tieres. — Nach

---

[1]) Vgl. u. a. Schneider's Referat, abgedruckt bei Hirsch S. 151.

[2]) Begründung des Entwurfs der Verordnung, abgedruckt bei Reuter-Sauer S. 198.

dem bloßen Wortlaut des § 483 gehört nun scheinbar der Rest des Tages, an welchem die Gefahr übergeht, nicht zur Gewährfrist, da letztere erst mit dem Ablauf des Tages „beginnt". Somit würde bei Geltendmachung von Fehlern, die sich sofort noch an dem Tag der Übergabe zeigen, die Vermutung aus § 484 (s. u. III) an sich nicht Platz greifen, ja sogar nach § 482 eine Haftung überhaupt nicht begründet sein. Dies ist selbstverständlich nicht der Sinn der Bestimmung, die vielmehr nur einen allgemeinen im § 187, Abs. 1 enthaltenen Grundsatz hier zur Geltung bringen will.

Der § 483 ist inkorrekt gefaßt. Nur für die Berechnung der Dauer der Frist, nicht für ihren tatsächlichen Lauf sollte der Ablauf des Tages der Übergabe als Anfangspunkt bestimmt werden. Der Sinn der Vorschrift ist lediglich: Die Gewährfrist ist als mit dem Ablauf . . . . beginnend zu rechnen. Daß dagegen tatsächlich die Frist, in der sich die noch vom Verkäufer zu vertretenden Mängel zeigen sollen, mit dem Augenblick, wo die Gefahr auf den Käufer übergeht, beginnen muß, erschien selbstverständlich. Die Richtigkeit dieser Auslegung wird bestätigt durch die Motive[1]) („Die Gewährfrist muß auf jenen Zeitpunkt" — des Gefahrübergangs — „zurückreichen, darf aber . . . . nur nach ganzen Tagen berechnet werden. Sie beginnt also . . ."). Auch in der Denkschrift[2]) wird ferner ausdrücklich der § 483 als Anwendungsfall des § 187, Abs. 1 hingestellt. Letztere Vorschrift betrifft aber gerade denjenigen Fall,

[1]) Motive II, S. 254.

[2]) S. 634.

wo der Beginn der Frist nicht mit dem für die Berechnung ihrer Dauer maßgebenden Anfangspunkt zusammenfällt.[1]) Legt man den § 483 nicht in dem hier vertretenen Sinne aus, so ist man genötigt, gleichwohl bei Auslegung aller Vorschriften, durch die der Gewährfrist eine gewisse rechtliche Bedeutung beigelegt wird (482, 484) den Tag des Gefahrübergangs als selbstverständlich von der Vorschrift mitbetroffen oder dergl. anzusehen, ihn also in Wahrheit in die Frist hineinzubeziehen.

Die Gewährfristen endigen ohne Rücksicht darauf, ob ihr letzter Tag auf einen Sonntag oder Feiertag im Sinne des § 193 fällt, da § 193 auf die Gewährfristen nicht anwendbar ist.[2])

III. Zeigt sich innerhalb der Gewährfrist ein Hauptmangel, so greift nach § 484 die Vermutung Platz, daß der Mangel bereits zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden war. Durch diese außerordentliche Beweiserleichterung erhält der Käufer einen Ersatz für die Einschränkung der Mängelhaftung. Indessen ist dem Verkäufer der Antritt des Gegenbeweises, daß der Mangel nicht zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden war, nicht verwehrt. Denn da bei Festsetzung der Gewährfristen nur den Regelfällen Rechnung getragen werden konnte, so ist es trotz der kurzen Bemessung der Fristen durchaus möglich, daß ausnahmsweise der hervorgetretene

---

[1]) Unzutreffend sonach Planck, Abs. 2 der Anm. zu 484, Stölzle S. 77, 1 b, S. 120, Meisner S. 27, Übereinst. Krückmann S. 55 („Beginn").

[2]) Unrichtig Dieckerhoff S. 126 Ziffer 2.

Fehler erst nach dem Gefahrübergang entstanden ist. Indessen wird dieser schwierige Gegenbeweis regelmäßig den Nachweis bestimmter Tatumstände, auf die sich die nachträgliche Entstehung der Krankheit mit Sicherheit zurückführen läßt, erfordern. (Berührung mit einem kranken Tier, Überanstrengung und dergl.)[1]) Der Beweis, das Tier sei unmittelbar vor der Übergabe durch einen Sachverständigen untersucht und mangelfrei befunden, wird dagegen nicht genügen.[2])

IV. Die Gewährfrist kann durch Vertrag verlängert, abgekürzt oder auch ausgeschlossen werden. Wird sie verlängert oder abgekürzt, so tritt gemäß § 486 die vereinbarte Frist für alle in den § 481 ff. getroffenen Vorschriften an Stelle der gesetzlichen Frist.

Da das Gesetz bei Bemessung der Dauer der Gewährfristen nur den Regelfällen Rechnung trägt, die gesetzliche Regelung also im einzelnen Falle für jede der Parteien zu Härten führen kann, so wäre es bei dem dispositiven Charakter der Gewährleistungsnormen auch ohne die ausdrückliche Bestimmung des Satzes 1 des § 486 kaum zweifelhaft gewesen, daß eine vertragliche Änderung der Gewährfrist[3]) zulässig ist. Dagegen war es zweifelhaft, ob die so geänderte Gewährfrist auch für die Anwendung der §§ 484, 485 usw. an Stelle der feststehenden gesetzlichen Gewährfristen treten sollte. Diese Erwägung führt dazu, den Kern der Vorschrift

---

[1]) Hirsch-Nagel S. 35, Meisner S. 28.

[2]) Scherer A. 2c zu § 484, Meisner S. 28, Stölzle S. 121.

[3]) Als derjenigen Frist, innerhalb deren der Fehler sich soll zeigen müssen, um den Verkäufer haftbar zu machen.

lediglich in Satz 2 des § 486 zu suchen. Dem Satz 1 kann dagegen nicht, wie es von Stölzle[1]), Planck[2]), Staudinger[3]) geschieht, eine derartige selbständige Bedeutung beigelegt werden, um aus seinem Wortlaut zu folgern, nur die Verlängerung und Abkürzung der Gewährfrist solle (ausnahmsweise) für zulässig, ihr Ausschluß dagegen solle für unzulässig erklärt werden.

Daß der erste Satz des § 486 nicht bezweckt, allgemein über die Zulässigkeit der Vereinbarung in Ansehung der Gewährfristen eine erschöpfende Bestimmung zu treffen, ergibt sich mit Sicherheit aus seiner Vorgeschichte. Der § 410 des 1. Entwurfs lautete: „Im Falle der Vereinbarung einer Abkürzung oder Verlängerung der Gewährfrist finden die Vorschriften der §§ 401, 408 mit der Maßgabe Anwendung, daß die vereinbarte Gewährfrist an Stelle der gesetzlichen tritt." Hier erscheint also der spätere Satz 1 des § 486 überhaupt noch nicht als selbständige Norm. Die Zulässigkeit jeglicher Änderung der Gewährleistung — von der Haftung für dolus abgesehen — ergab sich ohne weiteres aus der ausdrücklichen Bestimmung des § 396 des 1. Entwurfes. Irgend eine sachliche Änderung des § 410 ist mit der Änderung seiner Fassung nicht beabsichtigt worden.[4])

Aus dem Wortlaut des § 486 kann somit ein Argument gegen die Zulässigkeit des Ausschlusses der Gewährfrist nicht hergeleitet werden.

---

[1]) S. 137.
[2]) A. 3 zu 486.
[3]) A. 5 zu 486.
[4]) Protokolle II Band 1 S. 748.

Ebensowenig kann das rein äußerliche Moment entscheidend sein, daß im § 490 bei Festsetzung des Beginns der Verjährung das Bestehen einer Gewährfrist vorausgesetzt ist. Der § 490 ist sinngemäß aus dem § 492, Satz 2 zu ergänzen.[1]) Daß letztere Vorschrift nach dem Sinne des Gesetzes auf den in Frage stehenden Fall angewendet werden muß, liegt auf der Hand.

Die Zulässigkeit des Ausschlusses der Gewährfrist ist lediglich die natürliche Konsequenz der Bestimmung, daß die Frist beliebig verlängert werden kann. Der Ausschluß ist sogar weit unbedenklicher als die Verlängerung, da die Vermutung fortfällt. Bei der u. a. im § 476 zum Ausdruck gelangten dispositiven Natur der Gewährleistungsvorschriften ist Mangels einer entgegenstehenden Bestimmung m. E. die Frage, ob die Beschränkung der verkäuferischen Haftung auf die innerhalb der Gewährfristen sich zeigenden Fehler durch Vertrag beseitigt werden kann, ohne Bedenken zu bejahen.[2])

§ 6.

Verlust der Rechte durch Verletzung der Anzeigepflicht.

I. Um dem Verkäufer die Möglichkeit zu gewähren, rechtzeitig seinen Gegenbeweis vorzubereiten,[3]) ist dem

---

[1]) Vgl. auch Schneider S. 128.

[2]) A. A. Planck, A. 3 zu § 486, Staudinger A. 5 zu § 486, Stölzle S. 137, Meisner S. 37. Übereinst. Schneider S. 128, Krückmann S. 71, Erl. zu 486 a. E., Oertmann Anm. 1 zu 486 und auch Reuter-Sauer S. 144.

[3]) Motive II S. 255.

Käufer bei Verlust seiner wegen des Mangels ihm zustehenden Rechte die Pflicht auferlegt, spätestens 2 Tage nach Ablauf der Gewährfrist, oder, wenn vor dem Ablauf der Tod des Tieres eintritt, seit dem Tode des Tieres dem Verkäufer den Mangel anzuzeigen bezw. eine der nach § 485 der Anzeige gleichgestellten Handlungen vorzunehmen.

Dieser Rechtsverlust tritt jedoch nicht ein, soweit es sich um arglistig verschwiegene Mängel handelt. (§ 485, Abs. 2.)

Der Käufer ist also nicht verpflichtet, einen Mangel unverzüglich nach seiner Entdeckung anzuzeigen, ebensowenig wie ihn eine Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung des Tieres trifft, u. zw. gilt dies allgemein, auch für den Handelskauf, da nach § 382 des Handelsgesetzbuches die Vorschriften der § 481 ff. durch die Bestimmungen über den Handelskauf nicht berührt werden sollen, die Anwendung der §§ 377 und 378[1]) des H.G.B. aber als unvereinbar mit den Gewährleistungsvorschriften der §§ 481 ff., insbesondere des § 485 erscheinen.[2])

Ob die Anzeige dem Verkäufer überhaupt oder innerhalb der Frist des § 485 zugeht, ist gleichgültig, es genügt die innerhalb der Frist erfolgende Absendung der Anzeige. Erfordernis der Anzeige und ebenso ihrer Surrogate (der Klage, Streitverkündung, des Beweis-

---

[1]) Die übrigen Vorschriften über den Handelskauf gelten auch für den Viehhandel. Staub S. 1391 zu § 382.

[2]) S. Staub S. 1391, O.L.G. 12, S 268, David S. 96, Hirsch-Nagel S. 13.

sicherungsantrages) ist dagegen die bestimmte Angabe[1]) desjenigen Mangels, wegen dessen der Käufer event. Rechte geltend zu machen beabsichtigt. Da die Klagerhebung sowie die Streitverkündung stets zugleich als Erstattung einer Anzeige beurteilt werden können, so werden formelle Mängel beim Zustellungsakt,[2]) der Mangel der Zuständigkeit des Gerichts usw. der betreffenden Maßnahme nicht ihre fristunterbrechende Wirkung nehmen, ebensowenig die Rücknahme der Klage.

II. Für die Berechnung der zweitägigen Ausschlußfrist, auf welche ungewöhnlicherweise keine der für die Verjährung gegebenen Vorschriften (betr. Hemmung usw.) für anwendbar erklärt worden sind,[3]) sind die Vorschriften der § 187 ff. maßgebend.

Streit besteht darüber, ob auch der § 193 zur Anwendung gelangt, wenn der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag fällt.[4]) Babl[5]) bestreitet die Anwendbarkeit, da der § 193 sich nur auf Willenserklärungen[6]) beziehe, die Anzeige aber nicht zu letzteren zu rechnen sei.

---

[1]) Der Gebrauch der technischen Bezeichnungen der Verordnung ist nicht erforderlich. Abw. Meisner S. 31.

[2]) Vgl. Stölzle S. 30, Scherer § 485, Note 3, Abs. 2, Krückmann S. 63, Dag. Meisner S. 34, Hirsch-Nagel S. 41 oben.

[3]) cfr. Goldmann-Lilienthal § 139, A. 6.

[4]) Für die Anwendbarkeit: Stölzle S. 127, Schneider S. 130, Scheier § 458, N. 8, Hirsch-Nagel S. 37, Krückmann S. 56, Tielker S. 37 ff. Dagegen Meisner S. 32 u. 33, Babl S. 21.

[5]) S. 21; gegen Meisner vgl. Stölzle S. 127.

[6]) Und zwar nach Babl's irriger Auffassung nur auf rechtsgeschäftliche.

Den Charakter einer Willenserklärung möchte auch ich im Gegensatz zu Planck[1]), Stölzle[2]) der Anzeige absprechen, da ich im Anschluß an die Ausführungen des Reichsgerichts in Band 54, S. 67 ff[3]) den Inhalt der Anzeige ebenso wie für die allgemeine Norm des § 478 so auch hier lediglich in der Behauptung des Käufers sehe, es sei ein Mangel vorhanden, dagegen es nicht für erforderlich erachte, daß in der Anzeige auch der Wille des Käufers, sich seine Rechte wegen des Mangels vorzubehalten, zum Ausdruck gelangt ist.[4])[5])

Gleichwohl wird die Erwägung, daß der Zweck der Vorschrift des § 193,[6]) die möglichste Einschränkung der am Sonntag vorzunehmenden Rechtshandlungen herbeizuführen,[7]) durchaus auch für die Anzeige zutrifft, zur entsprechenden Anwendung des § 193 hinsichtlich der Anzeige wie auch der ihr gleichgestellten Handlungen führen.

Fällt also der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen am „Erklärungsorte" staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt für jede der im § 485

---

[1]) A. 1 c zu § 485.

[2]) S. 127 Anm.

[3]) Urteil v. 24. II. 1903.

[4]) So jedoch Dernburg im Recht 1903 S. 138 und ihm folgend Planck, A. 3 a, α zu 478; Staudinger A. 3 a. zu 478.

[5]) Natürlich darf aber aus ihr nicht der Wille hervorgehen, daß die Kaufsache trotz des Mangels genehmigt werde.

[6]) Einer erst spät in das Gesetz aufgenommenen Bestimmung. Vgl. David S. 101.

[7]) David S. 101.

genannten Handlungen der nächstfolgende Werktag an Stelle des Festtages.

Da nun der für den Feiertagscharakter maßgebende „Erklärungsort" nicht für alle im § 485 genannten Handlungen der gleiche ist, so kann die Frist unter Umständen für einzelne Handlungen später endigen als für die anderen. Für die — nicht empfangsbedürftige Anzeige wird als Erklärungsort der Wohnort des Käufers,[1]) der normale Absendungsort, anzusehen sein.[2]) Dagegen ist für die Klageerhebung und Streitverkündung der Ort, wo die Zustellung der Klage bezw. des Schriftsatzes zu erfolgen hat, also der Wohnort des Verkäufers, maßgebend[3]), nicht wie Krückmann[4]) irrtümlich annimmt, der Sitz des Prozeßgerichts. Denn der Akt der Klagerhebung erfolgt am Zustellungsorte[5]), und vollends für die an irgendwelche gerichtliche Mitwirkung nicht gebundene Streitverkündung kann der Sitz des Prozeßgerichts m. E. nicht in Frage kommen.

Für den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme ist natürlich der Sitz des Gerichtes der nach § 193 entscheidende Ort.[6])

III. Der Nachweis, ob rechtzeitig eine der fristwahrenden Handlungen des § 485 vorgenommen worden

---

[1]) Vorherrschende Meinung vgl. vor allem Krückmann S. 56 ff., Stölzle S. 118 II, 1. Unrichtig Planck, 1c zu 485.

[2]) U. a. auch in Hinblick auf die durch den „Leistungsort" des § 193 gegebene Parallele (269).

[3]) Übereinst. Stölzle S. 119.

[4]) S. 58, 61, 62.

[5]) § 253 C. P. O.

[6]) Vgl. hierüber Krückmann S. 62.

ist, hat nach der klaren Fassung der Vorschrift der Kläger zu führen. Der Verkäufer hat im Prozesse lediglich zu beweisen, daß die Frist abgelaufen ist.

§ 7.

Die Gewährleistungsansprüche.

I. Hat der Käufer der Anzeigepflicht genügt, so stehen ihm wegen eines rechtzeitig innerhalb der Gewährfrist hervorgetretenen Hauptmangels — von besonderen vertraglichen Abreden abgesehen — folgende Gewährleistungsansprüche zu.

a) Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Verkäufer den Hauptmangel[1]) arglistig verschwiegen hatte (§ 463 Satz 2; 480 Abs. 2),

b) der Anspruch auf Wandlung[2]) (§ 487),

c) beim Kauf eines nur der Gattung nach bestimmten Tieres ferner der Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Tieres (§ 491).

Hingegen ist ein Minderungsanspruch dem Viehkäufer nicht gegeben. (§ 487, Abs. 1.) „Durch den Ausschluß der Minderungsklage sollten weitläufige . . . . Schätzungen vermieden und zugleich der Unbilligkeit begegnet werden, daß der Käufer, der vielleicht trotz des Mangels ein gutes Geschäft gemacht hat, sich durch

---

[1]) Und zwar beim Vertragsschlusse, wenn es sich um eine Speziessache, dagegen beim Gefahrübergang, wenn es sich um eine Grundsache handelt.

[2]) Hinsichtlich des Inhalts des Wandlungsanspruches vertrete ich im nachfolgenden den Standpunkt der Vertragstheorie.

die Minderungsklage einen weiteren Vorteil verschaffen kann.“[1])[2])

II. Der Ausschluß des Minderungsanspruches mußte aber notwendig zu einer erheblichen Erweiterung der Zulässigkeit der Wandlung führen. Andernfalls würde der Käufer in den zahlreichen Fällen, in denen ihm beim gewöhnlichen Sachkauf trotz mangelnden Wandlungsanspruches immer noch die Minderungsklage bleibt, beim Viehkaufe grundlos zurückgesetzt sein.

Demgemäß ist zunächst durch § 487 Abs. 2 die Wandlung auch in den Fällen der §§ 351—353 für zulässig erklärt, d. h. der Wandlungsanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer oder der Dritte, der das Kaufobjekt infolge einer Verfügung des Käufers erlangt hat, die wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Tieres verschuldet oder das Tier in eine Sache anderer Art umgestaltet hat. Vor allem schließt also die Schlachtung, Kastration, Verarbeitung des Tieres den Wandlungsanspruch nicht aus.

---

[1]) Motive II S. 257.

[2]) Der Ausschluß des Minderungsanspruches hindert den Käufer nicht, wenn er aus besonderem Grunde Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, seinen Schaden in der Weise zu berechnen, daß er die infolge des Mangels begründete Wertminderung des Tieres vergütet verlangt. Die auf besonderen Umständen — Arglist oder (s. u) Vertrag (492) — beruhende Erweiterung der Haftung des Verkäufers auf Schadensersatz sollte in keiner Weise durch den § 487, Abs. 1 nach dessen Zweck betroffen werden. Vgl. (wegen der Haftung auf Schadensersatz auf Grund des § 492) Entscheidung des Reichsgerichtes im Bd. 60, S. 235.

Ebenso soll aber ferner dem Käufer die Wandlung uneingeschränkt freistehen, wenn er infolge einer Verfügung über das Tier oder infolge eines anderen von ihm zu vertretenden Umstandes zur Rückgewähr des Tieres außer Stande ist. Eine Verfügung über das Tier würde zwar nach allgemeinen Regeln nicht von vorneherein den Wandlungsanspruch ausschließen, wohl aber den Verkäufer in die Lage setzen, durch Stellung einer Rückgewährfrist gemäß § 354 die Unwirksamkeit der vollzogenen Wandlung herbeizuführen. Die Anwendbarkeit des § 354 ist für die Fälle des § 487, Abs. 2 ausgeschlossen.[1])

In allen diesen Fällen, die übrigens voraussetzen, daß die Verschlechterung, Verfügung usw. vor Vollziehung der Wandlung stattgefunden hat,[2]) ist nun entweder der Käufer überhaupt zur Rückgabe außer Stande, oder das Kaufobjekt befindet sich in einem solchen Zustande, daß es nach den den §§ 351—353 zu Grunde liegenden Gedanken dem Verkäufer nicht mehr aufgedrängt werden kann.[3]) Daher mußte an Stelle der Rückgewähr eine andere Verpflichtung festgesetzt werden, falls nicht mangels anderweitiger Bestimmung die §§ 467, 347 mit ihrer Verpflichtung zum Schadensersatz eingreifen sollten. Dem hat das Gesetz durch die Bestimmung Rechnung getragen, daß „an Stelle der Rück-

---

[1]) Vgl. Planck, S. 399 A. 2b zu 487.

[2]) argum. u. a. Abs. 3 des § 487. Vgl. Endemann A. 20 zu § 161a, Schneider S. 145; Planck 2b zu § 487 S. 399.

[3]) Vgl. Planck 2a zu § 487.

gewähr" der Käufer den Wert des Tieres zu vergüten habe. Der Verkäufer kann somit die Rücknahme des wesentlich verschlechterten oder geschlachteten (usw.) Tieres ablehnen, kann andererseits aber auch die Rückgabe nicht verlangen; ihm ist nur der objektive Verkehrswert des Tieres zu vergüten.

Außerordentlich streitig ist hierbei, welcher Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes zu Grunde zu legen ist.

Der 1. Entwurf hatte im § 404, Abs. 2, Satz 3 bestimmt, für den Wert solle der Zeitpunkt entscheidend sein, in welchem der die Wandlung sonst ausschließende Umstand eingetreten war. Später wurde dieser Satz jedoch von der 2. Kommission gestrichen und es wurde von einer gesetzlichen Festlegung des Zeitpunktes Abstand genommen. Hierbei „wurde auch darauf hingewiesen, daß es richtiger sei, ... den Wert zu veranschlagen, den das Tier gegenwärtig, also bei Vollziehung der Wandlung, haben würde, wenn es nicht zu Grunde gegangen . . . . wäre."[1])

Letzterer Standpunkt wird von der herrschenden Meinung[2]) vertreten. Etwas abweichend lassen Kuhlenbeck (A. 3 zu 487), Staudinger (A. 3a zu 487) und grundsätzlich auch Krückmann (S. 74ff.) den Zeitpunkt entscheiden, in welchem der Käufer seinen Wandlungs-

---

[1]) Protokolle Bd. I S. 803.

[2]) Planck A. 2a zu 487, Oertmann N. 2 zu 487, Crome Bd. II, 1 § 224 Nr. 38, Meisner S. 69, Hirsch-Nagel S. 57, Reuter-Sauer S. 150, Schuhmacher S. 53. Averdunk S. 49.

willen dem Verkäufer erklärt. Stölzle S. 151, 246 ff. und Babl S. 33 sehen den Zeitpunkt des Gefahrübergangs für maßgebend an, dagegen Endemann (I A. 24 zu § 161 a) und (ohne Begründung) Dernburg (II, 2 § 192, VII, 1), Rein S. 24, Dieckerhoff S. 107 denjenigen Zeitpunkt, in welchem der die Rückgewähr ausschließende Umstand eingetreten ist. Schneider endlich will regelmäßig den nach Eintritt der Verschlechterung usw. noch bestehenden Wert des Tieres berechnen; nur für den Fall, wenn der Käufer z. Zt. der Verschlechterung usw. Kenntnis vom Hauptmangel gehabt hat, stimmt er mit der Theorie Endemann's überein.

Unbedingt erforderlich erscheint es zunächst, den maßgebenden Zeitpunkt einheitlich zu bestimmen. Krückmann's Verfahren, von dem als entscheidend erkannten Zeitpunkt aus Gründen höherer Billigkeit in mehr oder minder willkürlich abgegrenzten Ausnahmefällen wieder abzugehen, erachte ich nicht für richtig. Ebensowenig kann die unbillige Lösung Schneider's irgendwie befriedigen.

Die Ansicht Stölzle's ferner, es sei der zu vergütende Wert nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs zu berechnen, stützt sich vor allem darauf, daß prinzipiell bei der Wandlung der Zustand hergestellt werden müsse, als sei der Vertrag nicht geschlossen. Dies Prinzip ist jedoch durch das Gesetz keineswegs in dieser Schroffheit durchgeführt, denn gewisse Folgen lassen sich nicht rückgängig machen, sondern müssen eine von beiden Vertragsparteien belasten.[1]) Insbesondere trifft bei dem

[1]) Vgl Werner im Recht 1902, S. 477.

hier zum Vergleich heranzuziehenden Normalfall der möglichen Rückgewähr in natura den Verkäufer der durch das Sinken des Marktwertes oder eine zufällige Verschlechterung (bezw. den Untergang) herbeigeführte Schaden. Es ist nicht einzusehen, warum dies im Falle des § 487, Abs. 2 völlig anders sein sollte, da die Wertvergütung lediglich „an Stelle der Rückgewähr" treten soll.

Letztere Erwägung, daß mit der Wertvergütung nur ein Surrogat für die hier nicht mögliche Rückgabe gewährt werden soll, weist für die Wertberechnung auf denjenigen Zeitpunkt als den maßgebenden hin, in welchem die Rückgewähr hätte erfolgen müssen, indem dann für die Berechnung zu unterstellen ist, der die Rückgewähr ausschließende Umstand sei nicht eingetreten. Der Zeitpunkt aber, in dem der Rückgewähranspruch entsteht und fällig ist, ist gemäß § 465 derjenige des Wandlungsvollzuges.

Wollte man indessen mit der herrschenden Meinung diesen Zeitpunkt über die Wertbestimmung entscheiden lassen, so gelangt man zu dem praktisch unannehmbaren Resultat, daß der Verkäufer, der pflichtwidrig sich nicht mit dem berechtigten Wandlungsverlangen einverstanden erklären will, beliebig den für die Verpflichtung des Käufers maßgebenden Zeitpunkt hinausschieben könnte.[1]) Denn wenn auch der Käufer das Einverständnis — bedeutend verspätet — im Prozeßwege erzwingen kann, so würde es dem Verkäufer doch ein Leichtes sein, das Ende des Prozesses und damit den Eintritt der Rechtskraft des Urteils beliebig hinauszuzögern. — Der rein

[1]) Krückmann S. 74, 75.

zufällige Moment, in dem die Wandlung tatsächlich vollzogen wird, kann somit nicht maßgebend sein, man müßte vielmehr sinngemäß den Zeitpunkt zu Grunde legen, in welchem die Wandlung pflichtgemäß hätte vollzogen werden müssen.

Dieser Augenblick fällt nun, wenn das berechtigte Wandlungsverlangen unter Anwesenden erklärt ist, mit dem Zeitpunkt der Erklärung zusammen, da der Verkäufer den sofortigen Vollzug nicht verweigern durfte. War dagegen das Wandlungsbegehren dem abwesenden Verkäufer erklärt, so würde der Moment entscheiden, in welchem die Erklärung des Einverständnisses bei unverzüglicher Abgabe[1]) dem Käufer zugegangen sein würde. Letzterer Zeitpunkt ist nun jedoch durchweg nicht mit vollster Sicherheit genau bestimmbar, entspricht somit nicht einem ganz unabweisbar erscheinenden praktischen Bedürfnis.

Das Nächstliegende ist daher m. E., den wenig zurückliegenden Zeitpunkt entscheiden zu lassen, wo das Wandlungs**begehren** dem Verkäufer zugeht.

Die hier vertretene Auffassung, mit welcher im Resultat Kuhlenbeck, Staudinger und Krückmann übereinstimmen,[2]) hat vor der herrschenden den Vorzug, daß sie den Interessen beider Vertragsteile voll gerecht wird.

---

[1]) Natürlich würde ihm eine Überlegungsfrist nicht zustehen.

[2]) Ähnlich auch Oertmann (A. 2 a zu 487) der zwar den Zeitpunkt des Wandlungsvollzuges für maßgebend erkärt, trotzdem aber dem mit der Erklärung säumigen Verkäufer bei späterer Werterhöhung aus Billigkeitsrücksichten keine erhöhten Ansprüche gewähren will.

Insbesondere erscheint auch der Verkäufer nicht benachteiligt, da er etwaige Spekulationen des Käufers auf Preisrückgang des Tieres[1]) durch Setzung einer Frist aus § 466 jederzeit abschneiden kann.

Der von Endeman vertretenen Ansicht endlich, welche den Nachdruck darauf legt, daß der Rechtsgrund der Ersatzpflicht in der schuldhaften (usw.) Handlung des Käufers liege, daher der Zeitpunkt der Vornahme dieser Handlung entscheiden müsse, ist entgegenzuhalten, daß dem Käufer doch kein Vorwurf daraus gemacht werden kann, wenn er das Tier zu dem Zweck verwendet, zu dem es gekauft ist, und von einem eigentlichen Verschulden nur selten wird gesprochen werden können; daß ferner der Rechtsgrund der Ersatzpflicht nicht in der schuldhaften (usw.) Handlung an sich, sondern nur in der Handlung und der erfolgenden Wandlung zuerblicken ist.[2])

III. Mit der Bestimmung, nach welcher der Käufer u. a. im Falle der zu vertretenden wesentlichen Verschlechterung des Tieres nur dessen Wert zu vergüten hat, wäre es unvereinbar gewesen, wenn ihn bei Eintritt einer nur unwesentlichen, zu vertretenden Verschlechterung die Verpflichtung zum Ersatz des vollen Schadens getroffen hätte. Der Käufer soll daher auch hier gemäß § 487, Absatz 3 nur zur Vergütung der Wertminderung verpflichtet sein.[3])

[1]) Dies wendet Endemann A. 24 zu § 161 a ein.

[2]) vergl. Schneider S. 149 und vor allem Krückmann S. 76.

[3]) § 487, Abs. 3 greift auch neben Abs. 2 in steigernder Weise ein, wenn Käufer vor dem nach Absatz 2 maßgebenden Zeitpunkt auch noch eine unwesentliche Verschlechterung herbeigeführt hat. Vgl. darüber Krückmann S. 75, A. 1 (gegen Stölzle's irrige Einwände).

Indessen greift diese Erleichterung seiner Haftung, ebenso wie die Ausnahmebestimmungen des Abs. 2 nur ein, wenn die Verschlechterung vor Vollziehung der Wandlung eingetreten ist. Nach vollzogener Wandlung haftet der Viehkäufer durchaus in der gleichen strengen Weise, wie beim gewöhnlichen Sachkauf; d. h. er hat für jede schuldhafte Verschlechterung, sei sie wesentlich oder unwesentlich, und für den etwa verschuldeten Untergang dem Verkäufer den vollen Schaden zu ersetzen (§§ 467, 347). Verfügt er nach bereits erfolgtem Wandlungsvollzuge über das Tier, so kann der Verkäufer gemäß der Bestimmung des § 354 die Unwirksamkeit der Wandlung herbeiführen.[1]) Ebensowenig wird durch die Ausnahmebestimmungen des § 487 irgend etwas an dem Grundsatz geändert, daß die Gefahr der zufälligen Verschlechterung wie des Untergangs des Kaufobjektes im Falle der Wandlung den Verkäufer trifft.

Nur wenn in den Fällen des § 487, Abs. 2 der für die Wertberechnung maßgebende Zeitpunkt eingetreten ist, verliert das spätere Schicksal des Tieres jede Bedeutung für den Verkäufer; der einmal entstandene Vergütungsanspruch wird hierdurch nicht mehr beeinflußt. Überall sonst trifft ihn die durch Zufall entstehende Verschlechterung und der zufällige Untergang des Tieres, so daß der Käufer, ohne etwa zur Wertvergütung oder dergl. verpflichtet zu sein, die Rückgabe des gezahlten Kaufpreises usw. verlangen kann. (§§ 481, 467, 350).

IV. Die vorstehend entwickelten, durch den Ausschluß der Minderungsklage veranlaßten Ausnahmebe-

[1]) vgl. Endemann I A. 20 zu § 161 a.

stimmungen des § 487 Abs. 2 und 3 sind jedoch nicht die einzigen Besonderheiten des Wandlungsanspruches beim Viehkauf, vielmehr gewährt das Gesetz dem wandelnden Viekäufer noch außerdem in zweifacher Hinsicht erhebliche Vergünstigungen.

Zunächst wird seine Verpflichtung zum Ersatz von Nutzungen — aus der Erwägung heraus, daß der Käufer regelmäßig zur zweckentsprechenden Verwendung des fehlerhaften Tieres nicht in der Lage ist —[1]) gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 347 (467) auf diejenigen Nutzungen beschränkt, die er wirklich gezogen hat. Eine Pflicht zum Ersatz von Nutzungen, die er nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Wirtschaft hätte ziehen sollen, kann sich nur ausnahmsweise nach Maßgabe des § 826 ergeben.[2]) Jedoch kann das Unterlassen der Nutzung (z. B. des Melkens der Milchkuh) eine zum Ersatz[3]) verpflichtende Verschlechterung des Tieres zur Folge haben.[4])

Eine weitere Ausgestaltung des Wandlungsanspruches liegt ferner darin, daß der Käufer nicht wie beim gewöhnlichen Sachkauf darauf beschränkt ist, Ersatz für diejenigen notwendigen Verwendungen zu verlangen, welche dem Interesse und mutmaßlichen Willen des

---

[1]) Motive II, S. 260.

[2]) So mit Recht Krückmann S. 79 gegen Dernburg II § 192 N. 6, Crome II, 1 § 224, 4 b, welche allgemein eine Haftung des Käufers annehmen, wenn die Nichtbenutzung gegen Treu und Glauben verstößt. Wie hier Hirsch-Nagel S. 52.

[3]) bezw. der Vergütung der Wertminderung.

[4]) In diesen Fällen nimmt Krückmann auch eine Pflicht zum Ersatz der unterlassenen Nutzungen an.

Verkäufers entsprechen (687, 347, 467), sondern daß er die wichtigsten Aufwendungen, nämlich die Kosten der Fütterung und Pflege, der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie die Kosten der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung ohne Rücksicht darauf verlangen kann, ob sie notwendig waren und den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag genügten (§ 488). Indessen wird der Käufer trotz des Wortlauts des § 488 nicht alle für Fütterung und Pflege tatsächlich aufgewendeten Kosten in beliebiger Höhe geltend machen dürfen. Der Schutz des § 226 allein würde nicht ausreichen.[1]) (Vgl. die bei Stölzle S. 174 unter 1 a angeführten Beispiele.) Man wird vielmehr sinngemäß die Bedeutung der Vorschrift dahin einschränken müssen, daß die Kosten nur bis zu dem Betrage erstattungsfähig sind, den der Käufer als Eigentümer nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft aufwenden durfte.[2])

Außer den Kosten des § 488 und den notwendigen dem § 683 entsprechenden Verwendungen kann der Käufer noch gemäß § 467 die Vertragskosten[3]) (u. a. Stempel, regelmäßig auch Maklergebühren[4]) und auch

---

[1]) So Hirsch-Nagel S. 61.

[2]) So Planck A. zu 488, ebenso Staudinger A. 2 d zu § 488; auch wohl Krückmann-Ströse S. 82, 4 und 5. Zu vermitteln sucht Stölzle S. 74, 1 a.

[3]) Zu diesen rechnet Hirsch-Nagel 51 ff. mit Unrecht auch gewisse Transportkosten.

[4]) Entsch. des O.L.G. Kiel v. 2. VI. 1904 (s. bei Scherer, die ersten 5 Jahre, Nr. 878. VIII S. 521).

wohl d. r. A. n. die Kosten der Mängelanzeige[1]) erstattet verlangen. Ferner treffen den Verkäufer die Kosten des Rücktransportes,[2]) da das Tier vom Käufer an demjenigen Orte zurückgegeben werden kann, wo es sich ohne Arglist des Käufers befindet.[3]

Andere Kosten, insbesondere diejenigen zum Schutz gegen Seuchengefahr, sind vom Verkäufer nur dann zu ersetzen, wenn ihn eine Pflicht zum Schadensersatz trifft.[4])

V. Um das ungemessene Anwachsen der Fütterungskosten zu verhindern,[5]) gewährt das Gesetz, falls über den Anspruch auf Wandlung[6]) ein Rechtsstreit anhängig ist, jeder der Parteien die Befugnis, die Anordnung der öffentlichen Versteigerung des Tieres und der Hinterlegung des Erlöses zu beantragen, sobald die Besichtigung des Tieres nicht mehr erforderlich ist. Liegt letzteres Erfordernis vor, so muß dem Antrage durch Erlaß einer einstweiligen Verfügung stattgegeben werden. Die sonst von der C.P.O. (935, 940, 920 Abs. 2) erforderten Voraussetzungen des Erlasses einstweiliger Verfügungen brauchen nicht vorzuliegen (§ 489).

---

[1]) Nach dem Grundprinzip der Wandlung. Vgl. Planck, A. zu 488, 2. Abs. Übereinst. Stölzle S. 177, Schneider S. 140, Staudinger A. 2 f. zu 488. Dagegen Meisner S. 73.

[2]) Wegen der übrigen Transportkosten vgl. noch Staudinger A. III B. 3 b zu 467, Planck A. 2 c, ε zu 467.

[3]) Dernburg II, 2 § 186, III, 4 vgl. Düringer-Hachenburg S. 144 und Zitate bei Krückmann S. 82 oben.

[4]) Vgl. hierüber Krückmann S. 80 und 103 ff.

[5]) Motive II S. 261.

[6]) Mag er als Klaganspruch oder mittels Einrede geltend gemacht sein Planck, A. zu 489.

VI. Sowohl die Vorschrift des § 489 wie die Bestimmung des § 488 über die Erstattung der Fütterungs- (usw.) Kosten finden beim Gattungskauf entsprechende Anwendung für den Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Tieres (§ 491).

Dagegen können d. r. A. n. die im § 487, Abs. 2—4 enthaltenen Vorschriften über die sonstige besondere Ausgestaltung des Wandlungsanspruches nicht zur entsprechenden Anwendung gelangen.

Die grundsätzliche Regelung des „Neulieferungsanspruches“[1]) enthält auch für den Viehkauf der § 480. Nach § 480 sollen auf den Neulieferungsanspruch die „für die Wandlung geltenden Vorschriften der § 464 bis 466, 467, Satz 1 usw.“ entsprechend angewendet werden. Es ist also nicht schlechthin auf die Vorschriften über die Wandlung verwiesen, sondern es sind bestimmte, einzeln angeführte Gesetzesbestimmungen für anwendbar erklärt.

Wird nun einer dieser vom § 480 sachlich übernommenen Vorschriften (§ 467) für den Wandlungsanspruch beim Viehkaufe geändert, so folgt hieraus allein vom formellen Standpunkt aus sicher nicht, daß auch für den § 480, der mangels besonderer Bestimmung unverändert für den Viehkauf Geltung behalten soll, (§ 481) die ihm einverleibte Bestimmung durch die geänderte Wandlungsvorschrift ersetzt werden soll. Zweifel können sich nur aus der Erwägung ergeben, daß im

[1]) Der Ausdruck wird als kurze Bezeichnung für den Anspruch auf mangelfreie Lieferung u. a. von Krückmann S. 90 ff. verwandt.

§ 480 sachlich die gesamten Wandlungsnormen, soweit sie überhaupt für den Neulieferungsanspruch in Frage kommen konnten, für entsprechend anwendbar erklärt sind. Es liegt nahe, hieraus zu folgern, daß eine Änderung der Wandlungsvorschriften für bestimmte Fälle nach der ratio legis, wenn sich nicht ein anderes ergibt, auch gleichzeitig eine Änderung des § 480 nach sich ziehen sollte. M. E. ergibt sich aber hinreichend deutlich aus den §§ 481 ff., daß der § 487 nicht auf den Neulieferungsanspruch Anwendung finden soll. Warum gerade er im § 491 nicht mitzitiert wird, wäre sonst durchaus unverständlich. Denn erachtet man aus vorstehend erwähnten Gründen die spezielle Anführung des § 487 für überflüssig, so müßte ganz dasselbe für den § 490 und auch § 488 gelten, welche gleichfalls lediglich eine Änderung der im § 480 angeführten §§ 477 ff. und 467 (347) darstellen.

Der Neulieferungsanspruch genießt somit m. E. nicht die im § 487, Abs. 2—4 enthaltenen Privilegien des Wandlungsanspruches (s. oben II, III und unter IV).[1])

§ 8.

ζ. Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche.

Dem überall bei Regelung des Viehgewährschaftsrechtes hervortretenden Bestreben, möglichst schnell im

[1]) Abweichend Goldmann-Lilienthal A. 13 zu § 139, Plank, A. zu 491, Schneider S. 154, Kloß, S. 314. Übereinst. Krückmann S. 90 N. 5 ff., Crome II, 1 § 224, 5, Matthiaß § 107, III und die herrschende, stillschweigend von der hier vertretenen Auffassung ausgehende Meinung (s. Stölzle S. 215, Hirsch-Nagel 74, Staudinger zu § 491).

Interesse der Rechtssicherheit eine klare Rechtslage herbeizuführen, wird weiter durch die Festsetzung einer besonderen abgekürzten Verjährungsfrist Rechnung getragen. Für die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche auf Wandlung oder Lieferung eines mangelfreien Tieres — und ebenso, wie demnächst (§ 9) zu zeigen, für die auf Vertragsabrede sich gründenden Gewährleistungsansprüche — tritt gemäß § 490 an Stelle der 6monatlichen Verjährungsfrist eine solche von 6 Wochen. Die verkürzte Frist beginnt bei den gesetzlichen Mängelansprüchen mit dem Ablaufe der Gewährfrist; ist die Gewährfrist vertragsmäßig ausgeschlossen, mit der Ablieferung des Tieres (s. o. S. 30). Im übrigen greifen die für die gewöhnliche Sachmängelgewähr geltenden Verjährungsvorschriften, welche vor allem die beliebige vertragsmäßige Änderung der Verjährungsfrist gestatten, unverändert Platz. Nur werden konsequenter Weise die in den §§ 210, 212, 215 bestimmten Fristen durch die abgekürzte 6wöchentliche Frist ersetzt. (§ 490, Abs. 2).

Ebenso wie beim gewöhnlichen Sachkauf gemäß § 478 gewähren die Gewährleistungsansprüche auch noch nach ihrer Verjährung dem Käufer eine Einrede gegenüber dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. Jedoch war die Erhaltung der Einrede[1]) von der rechtzeitigen Vornahme einer Anzeige oder sonstigen im § 478 gleichgestellten Handlung nicht abhängig zu machen, da das

[1]) Das Gleiche gilt von der Aufrechenbarkeit des auf Vertragsabrede sich gründenden Schadensersatzanspruches (§ 479), falls eine Gewährfrist durch Gesetz oder Vertrag bestimmt ist.

Unterlassen der Anzeige (usw.) beim Viehkauf nach § 485 sogar das völlige Erlöschen der Gewährleistungsansprüche herbeiführt.

Von der kurzfristigen Verjährung werden jedoch die Gewährleistungsansprüche des Käufers nicht betroffen, wenn es sich um arglistig vom Verkäufer verschwiegene Mängel handelt. In jenem Falle greift die gewöhnliche 30jährige Verjährungsfrist Platz. Das Gleiche gilt vom Standpunkte der hier vertretenen Vertragstheorie für die Ansprüche des Käufers aus der vollzogenen Wandlung.[1])

§ 9.

bb. Die Haftung auf Grund von Vertragsabreden.

I. Außer der im vorstehenden dargestellten Haftung für Hauptmängel als für die kraft Gesetzes zu vertretenden „Fehler" (§ 459) des Viehgewährschaftsrechtes kann eine Verpflichtung zu weiterer Gewährleistung bei Vorliegen besonderer Vertragsabreden begründet sein. Diese Parteiabreden können entweder den Inhalt haben,[2]) daß lediglich die gesetzliche Gewährleistungspflicht auf weitere, nicht zu den Hauptmängeln gehörige Fehler erstreckt wird, oder es können vertragsmäßig bestimmte Eigenschaften des Tieres „zugesichert" werden (§ 492). Unter „Zusicherung" ist die Zusage einer Eigenschaft,

[1]) vgl. Planck, Note 1 a zu § 477, Note 3 zu § 462.

[2]) Ferner können auch die Ansprüche wegen der Hauptmängel vertragsmäßig verstärkt werden, z. B. durch Abrede, daß auch Minderung zulässig sein solle. (Planck 1 a d zu 492, Stölzle S. 139. Dagegen Hirsch-Nagel S. 45.) Ebenso kann die gesetzliche Haftung nach Maßgabe des § 476 beschränkt oder erlassen werden.

d. h. diejenige dem Verkäufer vertragsmäßig abverlangte Versicherung, eine Eigenschaft sei vorhanden,[1]) zu verstehen, aus welcher der Wille des Verkäufers, bei Unrichtigkeit der Behauptung für allen Schaden einzustehen, hervorgeht.[2]) Da nun die zugesicherte Eigenschaft auch darin bestehen kann, daß gewisse Fehler am Tiere nicht vorhanden sind, so wird es häufig zweifelhaft sein, ob nur eine „Übernahme der Haftung" oder eine Zusicherung vorliegt. Diese Unterscheidung liegt völlig „außerhalb des Horizontes eines gewöhnlichen Viehverkäufers".[3]) Gleichwohl ist sie von größter Wichtigkeit. Denn ersteren Falles kann der Käufer im allgemeinen nur Wandlung oder mangelfreie Lieferung, im Falle der Zusicherung[4]) aber gemäß § 467, 480 meist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Da es nun beim Viehhandel regelmäßig nicht den Anschauungen der Parteien entspricht, dem Verkäufer beim Fehlen von Eigenschaften die Verpflichtung zu vollem Schadensersatz aufzuerlegen, so wird man die Vertragsabrede im Zweifel als bloße Übernahme (bezw. Bestätigung) der Gewährleistung ansehen müssen.[5])

[1]) Bezw. beim Gattungskaufe: die Eigenschaft werde z. Zt. der Lieferung vorhanden sein.

[2]) Vgl. hierzu R.G. 54, S. 223, Seuffert's Archiv 59, Nr. 151, Crome II, 1. S. 457, Hellbach S. 6, Krückmann S. 105.

[3]) Dernburg II, 2 § 192, XI, Dieckerhoff S. 116.

[4]) Hirsch-Nagel S. 78 ff., insbes 79, Zeile 12 v. u. faßt irrtümlicher Weise beide Fälle des § 492 als Garantieversprechen auf und gewährt in beiden Fällen den Schadensersatz aus § 463, 480.

[5]) Dernburg § 192 XI S. 101, O.L.G. 8, 448.

II. Sowohl die bloße Haftungsübernahme wie die Zusicherung können natürlich unter Umständen auch stillschweigend erfolgen. Sehr zweifelhaft ist jedoch die Frage, ob durch den Verkauf zu einem bestimmten erkennbar gemachten Gebrauchszweck stillschweigend die Haftung[1]) oder Garantie dafür übernommen wird, daß das Tier zu dem Gebrauchszweck tauglich sei. Eine stillschweigende Zusicherung als erteilt anzusehen, wird jedenfalls mit Rücksicht auf ihre schwerwiegenden, durchweg nicht beabsichtigten Rechtsfolgen kaum jemals angängig sein; die nachdrückliche Warnung Schneider's[2]) im Recht 1903, S 522, nicht zu rasch zu der Annahme solcher stillschweigenden Zusicherungen bereit zu sein, ist sicher berechtigt.

Aber auch die bloße Übernahme der Haftung für alle dem Verwendungszweck in erheblichem Maße entgegenstehenden Fehler (Schneider S. 163) kann nicht ohne weiteres als vorliegend angenommen werden. Nur unter besonderen Umständen kann event. der darauf gerichtete Haftungswille als hinreichend deutlich erklärt erscheinen.[3])

[1]) Hierfür vor allem Schneider S. 160 ff., dem sich Endemann A. 14 zu § 161 a und Oertmann A. 4 zu § 492 im wesentlichen anschließen. Ähnlich z. T. Scherer Nr. 7 zu § 481 und Nr. VI zu § 492, und Meisner S. 83 ff, die freilich meist eine stillschweigende Zusicherung annehmen. Dagegen Stölzle S 226 ff. und grundsätzlich Krückmann S. 93; ferner Planck, 1 a β zu § 492 S. 403, Staudinger Nr. 1 a γ zu § 492.

[2]) Im Anschluß an die Ausführungen des R.G. Bd. 54, S. 223.

[3]) Übereinst. Krückmann. Vgl. die dort S. 93 angeführten Beispiele.

Hat der Käufer erklärt, er brauche ein Pferd für den schweren Zug oder dergl. und ist der Verkäufer daraufhin in Verhandlungen eingetreten, indem er ihm ein bestimmtes Tier anstellt, so wird sein Verhalten meist nur die Bedeutung haben, nach seiner (nicht verbindlichen) Meinung sei dies Tier für die Zwecke des Käufers sehr geeignet, es sei besonders schweren Schlages usw. Dagegen wird in dem Verhalten nicht schon die Erklärung gefunden werden können, er wolle dem Käufer für sämtliche Fehler haften, die der angegebenen Verwendung des Tieres entgegenständen. Denn vor allem ist ja der Käufer in der Lage, sich selbst das Tier genau anzusehen.[1]) Im Zweifel wird man sich stets gegen die Annahme einer solchen Gewährleistungsübernahme entscheiden müssen. Denn andernfalls würden die gesamten Gesetzesbestimmungen über die grundsätzliche Beschränkung der Haftung auf bestimmte Hauptmängel praktisch bedeutungslos, es würde schließlich überall die Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch maßgebend sein.

Völlig auf letzterem Standpunkt steht in der Tat Schneider[2]), wenn er auch freilich verlangt, daß die Einigung[3]) über den Gebrauchszweck „Bestandteil des Vertrages" geworden ist. Denn nach Schneider soll die Festsetzung des Gebrauchszwecks nur dann nicht wirken, wenn der Verkäufer seine Aufnahme in den Vertrag ausdrücklich abgelehnt hatte, oder im Vertrage von ihm

[1]) Krückmann S. 93.

[2]) S. vor allem S. 162 Zeile 11 v. u., S. 160.

[3]) Diese ist ja bereits nach 459 erforderlich. Vgl. Planck 1 b β, $\beta\beta$ zu § 459.

nicht die Rede war.[1]) Der von Schneider verwertete Begriff der Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch scheidet für die Viehgewährschaft völlig aus. Die Hauptmängel sollen nicht nur an Stelle der für den gewöhnlichen Gebrauch inbetracht kommenden Fehler treten, sondern schlechthin alle Fehler des Abs. 1 im § 459 ersetzen.

Schneider[2]) erkennt selbst das Bedenkliche seiner Auffassung an, nach der „bei jedem in einem Kaufvertrage gewollten Gebrauchszwecke" der Verkäufer nicht nur für die Hauptmängel, sondern auch für die „seiner Erreichung in erheblichem Maße entgegenstehenden Fehler" aufkommen müßte.

III. Die Übernahme der Haftung für Nichthauptmängel kann insbesondere in der Form des allgemeinen Versprechens, wegen aller Fehler haften zu wollen, erfolgen. Die noch in der Reichtagsvorlage wie den vorhergehenden Entwürfen (I 409, II 428) enthaltene Auslegungsregel, nach der ein solches Versprechen im Zweifel nur die Hauptmängel betreffen sollte, ist vom Reichstag als den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechend gestrichen worden.[3]) Es ist somit der Auslegung im einzelnen Falle überlassen, zu entscheiden, ob ein solches Versprechen nur als belanglose Bestätigung der gesetzlichen Haftung aufzufassen ist, oder ob ernstlich die Haftung für alle Fehler hat übernommen werden sollen. Letzteren

[1]) Schneider S. 163.
[2]) S. 163.
[3]) Vgl. hierzu Reuter-Sauer S. 177 ff.

Falles wird die Haftung im Zweifel auf die nach § 459 erheblichen Mängel[1]) zu beschränken sein.[2])

IV. Ist z. Zeit des Gefahrüberganges ein vertragsmäßig zu vertretender Nichthauptmangel vorhanden, oder fehlt eine zugesicherte Eigenschaft, so stehen dem Käufer die gleichen Ansprüche zu wie beim Vorliegen eines Hauptmangels. Der Käufer kann nicht Minderung, sondern nur Wandlung, beim Gattungskauf auch mangelfreie Lieferung und wenn der Fehler oder der Mangel der Eigenschaft arglistig verschwiegen ist, gemäß § 463 und 480 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Hinzu tritt nur im Falle der Zusicherung der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn die zugesicherte Eigenschaft in dem nach § 463 bezw. 480 maßgebenden Zeitpunkte fehlt.

Auf den erwachsenden Wandlungsanspruch finden auch hier die besonderen ausgestaltenden Normen der §§ 487—89, auf den Anspruch auf mangelfreie Lieferung die Vorschriften der §§ 491, 488, 489 und auf alle Ansprüche — vom Falle des arglistigen Verschweigens abgesehen — die Bestimmung des § 490 über die abgekürzte Verjährungsfrist entsprechende Anwendung.

Die übrigen besonderen Vorschriften des Viehgewährschaftsrechts setzen sämmtlich das Bestehen einer Gewährfrist voraus. Sie konnten daher (§§ 483—485) von dem später unter VI zu erörternden Fall einer das Nichtvorhandensein eines Hauptmangels betreffenden Zusicherung abgesehen — nur für diejenigen Fälle für ent-

[1]) Also bleiben regelmäßig bloße Schönheitsfehler (des nicht besichtigten Tieres) außer Betracht. Meisner S. 21.

[2]) Stölzle S. 218, Dieckerhoff S. 137.

sprechend anwendbar, erklärt werden, in denen eine Gewährfrist vereinbart worden ist. Liegt eine dahin gehende Vereinbarung nicht vor, so genügt es, wenn der Mangel während der 6wöchentlichen, in diesem Falle aber bereits mit der Ablieferung beginnenden Verjährungsfrist sich zeigt; die Vermutung aus § 484 steht dem Käufer nicht zur Seite, andererseits bedarf er zur Erhaltung seiner Rechte nicht der Anzeige gemäß § 485. Indessen ist infolge des Fortfalles der besonderen Anzeigepflicht hier wiederum wie beim gewöhnlichen Sachkauf die Vornahme einer der im § 478 bestimmten Maßnahmen während der Verjährungsfrist erforderlich, um die Perpetuierung der Einrede (478) und die dauernde Aufrechenbarkeit des Schadensersatzanspruches gemäß § 479 herbeizuführen.[1])

[1]) Der Wortlaut des Gesetzes steht hiermit freilich in Widerspruch, da für alle von 492 betroffenen Fälle der § 490, Abs. 3 zur Anwendung gelangt und dieser — mit Rücksicht auf das von ihm vorausgesetzte Vorhandensein einer Gewährfrist und die somit eintretende Anzeigepflicht aus § 485 — für die Fälle der §§ 478, 479 die Vornahme einer der dort vorgesehenen Maßnahmen für nicht erforderlich erklärt. Das Fassungsversehen ist sinngemäß zu berichtigen. Vergl. die erschöpfenden Ausführungen von Schneider S. 188 ff. und in der D. Jur. Ztg. 1903 S. 101, Neumann a. a. O. S. 52 ff, v. Blittersdorff in der Bad. Rechtspraxis 68, 184. Übereinst. die herrschende Meinung (vgl. Krückmann S. 101, Stölzle 203, Anm., Tielker S. 84 ff, Entsch. des O. L. G. Breslau v. 4. V. 06. im „Recht" 10, 617) nunmehr (3. Aufl.) auch Dernburg II, 1 § 192, XI A. 13. Abw. Rein S. 44, Meisner S. 103, 104, Scherer, das 4. Jahr, S. 266 No. 789 und die im Jahrb. des deutschen Rechts 1906, S. 167, Note 1 b zu 492 zitierte Entscheidung (Braunschweig).

V. Die von § 492 getroffene durchgreifende Unterscheidung, ob eine Gewährfrist vereinbart ist oder nicht, hat zu besonderen Streitfragen in Ansehung der überaus häufigen Zusicherung der Trächtigkeit des Tieres geführt. Es fragt sich, ob in den Zusicherungen,

1. die Kuh werde „bis zum 1. Mai" oder „binnen vier Monaten" kalben,

2. die Kuh sei „seit 8 Wochen oder „dem 1. Mai" trächtig oder

3. die Kuh sei trächtig,

die stillschweigende Vereinbarung einer Gewährfrist gefunden werden kann. Stölzle[1]) nimmt nur im ersten Falle, Scherer[2]) (mindestens) in den ersten beiden, Krückmann[3]) in keinem Falle die Vereinbarung einer Gewährfrist an.[4])

Was zunächst die Auslegung der sub 1 angeführten Zusicherung anlangt, so wird sie im allgemeinen nicht als unbedingte Garantie, die Kuh werde binnen der angegebenen Zeit tatsächlich ein Kalb bringen, aufzufassen sein, sondern — wie Fall 2 — als die Zusicherung, die Kuh befinde sich beim Vertragsschlusse in einem Trächtigkeitszustand von bestimmter Entwickelungsstufe, sie

[1]) Stölzle S. 236 und in der juristischen Wochenschrift 30, 739 ff, 31, S. 117 ff.

[2]) das 3. Jahr, S. 209, IV c. vergl. dort zitierte Entsch. des L. G. Darmstadt v. 30. IV. 1902.

[3]) S. 67 ff.

[4]) Gegen die Annahme einer Gewährfrist im Fall III auch Meisner S. 105.

sei trächtig, daß sie, wenn keine besonderen Zufälligkeiten eintreten würden, binnen 4 Monaten kalben werde.[1])

Geht man von dem 1. Fall aus, so erscheint es, wie Stölzle m. E. mit Recht betont, als das Nächstliegende, da sich doch binnen der genannten Frist zeigen soll, ob die zugesicherte Eigenschaft der besonders gearteten Trächtigkeit vorhanden gewesen ist,[2]) hier eine Gewährfrist als vereinbart anzunehmen[3]). Lehnt man mit Krückmann diese Annahme ab, so gelangt man zu dem Resultat, daß mangels einer Gewährfrist die Verjährung mit der Ablieferung beginnt und zu einer Zeit vollendet ist, wo der Käufer noch garnicht feststellen konnte, ob die Trächtigkeit, insbesondere der zugesicherte Grad derselben vorgelegen hat. Soll der Käufer hier aufs Geratewohl, um die Verjährung zu unterbrechen, Klage erheben müssen oder dergl.?

Krückmann (S. 68) meint nun freilich, mit dem Hinweis auf § 202, Abs. 1 hier allen Bedenken abhelfen zu können. Nach ihm soll die Verjährung während der Trächtigkeitsfrist gehemmt sein, da der Verkäufer während

[1]) vgl. Stölzle S. 242, 243; Krückmann S. 67, A. 2. Munifiziert später das Kalb im uterus oder hat die mißhandelte Kuh einen abortus, so haftet Verkäufer nicht. Stölzle S. 242.

[2]) Hierin liegt daß Wesen der Gewährfrist (482). Daß die Parteien an die Vermutung oder die Anzeigepflicht gedacht haben, ist nicht erforderlich. Diese Rechtsfolgen knüpft das Gesetz (492) an die Vereinbarung.

[3]) So auch die im Jahrbuch des deutschen Rechts 1906, S. 167 Note a zu 492 zitierten Entscheidungen der Landgerichte Frankfurt und Görlitz.

derselben vorübergehend zur Verweigerung der Leistung d. h. des Wandlungsvollzuges berechtigt sei. „Der Verkäufer werde dem Käufer immer entgegenhalten, daß der Käufer erst einmal den abgemachten Termin abwarten solle, weil sich erst dann zeigen werde, ob die Zusage des Verkäufers sich erfülle oder nicht.“ Diese „Ausflüchte“ werde der Käufer nur durch den Nachweis, längeres Warten sei gegenstandslos, abschneiden können. Aber zu der hierzu nötigen Untersuchung sei der Käufer vor Ablauf der Frist nicht verpflichtet. (S. 68, 69).

Der Versuch den § 202 hier zur Anwendung zu bringen, dürfte für verfehlt zu erachten sein. Ist der Mangel vorhanden, so liegt von vornherein objektiv irgend welche Berechtigung für den Verkäufer, den Wandlungsvollzug zu verweigern, nicht vor. Freilich kann der Verkäufer hier wie stets vom Käufer den Nachweis des Mangels verlangen und daher mag praktisch die Geltendmachung des Wandlungsanspruches häufig gehindert sein.

Ebensowenig erscheint die weitere von Krückmann zur Wahl verstellte Auffassung haltbar, der Verkäufer habe solange eine Einrede, als bis es „offenbar unmöglich“ sei, daß die Kuh in der angegebenen Weise trächtig sein könne.

Für die Anwendung des § 202 kann es stets nur auf die objektive Berechtigung des Wandlungsverlangens ankommen und diese liegt auch schon dann vor, wenn ihr Nachweis überhaupt noch nicht oder nicht ohne Schwierigkeit zu erbringen ist.

Gegenüber der außerordentlichen Härte, die der verfrühte Ablauf der Verjährungsfrist für den Käufer mit sich bringen würde, erscheinen die Befürchtungen Krückmanns, bei Annahme einer derartig langen Gewährsfrist könne die Vermutung des § 484 event. vom Käufer mißbraucht werden (S. 66 unten, 70), ferner werde die Anzeigepflicht aus § 485 vom Käufer, insbesondere dem nicht genau nach dem Kalender rechnenden Bauer häufig vernachlässigt werden, nicht ausschlaggebend. Auch der Bauer wird sehr wohl die Anzeige rechtzeitig erstatten können. Wann die zweitägige Frist läuft, mag er unter Umständen nicht wissen, aber durchweg ist der Mangel bereits erhebliche Zeit vor Ablauf der Gewährfrist erkennbar, und längeres Zögern mit der Anzeige verdient keine Nachsicht. Zu Unbilligkeiten führt m. E. die Anzeigepflicht nicht.

Ebenso wie in diesem ersten Falle, in dem zugesichert ist, die Kuh werde binnen einer bestimmten Frist kalben, ist jedoch auch in der Versicherung, die Kuh sei seit 8 Wochen oder sie sei überhaupt trächtig, die stillschweigende Vereinbarung einer Gewährfrist zu erblicken. Denn, wie Stölzle von Krückmann (S. 65) mit Recht vorgehalten wird, wäre es doch wohl Willkür, in diesen sämtlich einander berührenden „Fällen gleicher juristischer Struktur einmal eine Gewährfrist anzunehmen, das andere Mal nicht".

Wird dem Käufer garantiert, die Kuh sei seit 10 Wochen trächtig, so rechnen die Parteien mit dem Rest der längsten[1]) Trächtigkeitsdauer als derjenigen

[1]) Nicht der normalen. Dies widerspräche der Billigkeit. Bei Annahme der normalen Dauer als der maß-

Frist, innerhalb deren es sich zeigen muß, ob die zugesicherte Eigenschaft vorhanden war.[1]) Es wäre außerordentlich hart und unbefriedigend, wenn nun nach 6 Wochen die Ansprüche des Verkäufers verjährt sein sollten, obgleich zum mindesten in den ersten 20 Wochen der Trächtigkeit das Vorhandensein derselben äußerst selten (geschweige denn ihr Grad) mit Sicherheit zu konstatieren ist.[2])

Wird die zeitlich unbeschränkte Zusage der Trächtigkeit abgegeben, so wird die Kuh als mindestens so trächtig verkauft[3]), als wäre sie unmittelbar vor dem Kaufe besprungen,[4]) mithin wird die längste Trächtigkeitsdauer im Zweifel als vereinbarte Gewährfrist anzunehmen sein.[5]) Die äußerste, nicht die normale Dauer der

---

gebenden könnte u. a. die Vermutung aus § 484 zu großer Härte für den Verkäufer führen, wenn das Tier ausnahmsweise spät kalbt. Denn die Vermutung wird, wenn Vertragsschluß und Übergabe zusammenfallen, auch dem Anspruch auf Schadensersatz zu Gute kommen. Vgl. Krückmann S. 66.

[1]) S. oben S. 58, Anm. 2.

[2]) Vgl. u. a. Hirsch-Nagel S. 471,4. Freilich tritt die kurze Verjährung (477, 490) allgemein ohne Rücksicht auf die rechtzeitige Erkennbarkeit des Mangels ein. Indessen liegt doch der Fall hier besonders, weil beide Parteien von vorneherein wissen, daß sich der Mangel erst binnen einer bestimmten Frist zeigen kann.

[3]) Man kann diesen Fall konsequenter Weise m. E. nicht anders behandeln als die Zusicherung, die Kuh sei seit 1 Woche oder seit vorgestern trächtig.

[4]) Übereinst. Krückmann S. 66.

[5]) Abw. L.G. Mainz v. 27. X. 1900 (Recht 5, 231).

Trächtigkeit erscheint auch hier maßgebend, da die Parteien mit ihr als der äußersten Möglichkeit rechnen mußten.

Stölzle's Hauptargumente gegen die Annahme einer Gewährfrist in den letzterörterten beiden Fällen sind bereits von Krückmann S. 66, 69 widerlegt. Sein Einwand, dem ganzen Viehmängelsystem entsprächen, da es auf rasche Erledigung der Mängelansprüche abziele, nur kurze bestimmte Fristen, könnte, soweit Stölzle gegen die Länge der Fristen sich wendet, nur zur Ablehnung der Annahme einer Gewährfrist in sämtlichen Fällen führen. Im übrigen muß die Bestimmbarkeit der Frist genügen, und diese erscheint jedenfalls hinsichtlich der längsten Trächtigkeitsdauer durchaus möglich.[1])

VI. Einer kurzen Erörterung bedarf endlich der vom Gesetz besonders geregelte Fall, in welchem die Zusicherung das Nichtvorhandensein eines Hauptmangels betrifft.[2]) Als Zusicherung einer Eigenschaft würde auch sie an sich dem § 492 unterfallen, mithin den Vorschriften über die Gewährfrist nur unterstehen, wenn eine solche vereinbart ist. Aber der § 490 enthält die besondere Bestimmung, daß der Anspruch auf Wandlung sowie auf „Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat" in 6 Wochen „vom Ende der Gewährfrist", d. h. der

[1]) Vgl. gegen Stölzle auch noch Krückmann S. 70, Abs. 1. Natürlich ist die hier behandelte Frage außerordentlich streitfähig.

[2]) Vgl. hierüber insbesondere Stölzle im Recht VIII, S. 299—302, Zitzlaff im Recht VIII, S. 42, Hirsch im Recht VIII, S. 476, Krückmann S. 45 ff.

gesetzlichen[1]) verjährt. Hieraus geht mit unbedingter Sicherheit hervor, daß der Gesetzgeber in Ansehung der hier fraglichen vertraglichen Zusicherung obgleich die §§ 482—490 sonst nur von den gesetzlichen Fehlern, nicht von zugesicherten Eigenschaften handeln, ohne weiteres alle Vorschriften über die gesetzliche Gewährfrist angewendet sehen will. Im § 490 ist mithin die spezielle Regelung eines an sich unter § 492 gehörenden, vorweggenommenen Falles der Zusicherung enthalten. Denn ebenso wie für den ausdrücklich hervorgehobenen Schadensersatzanspruch müssen selbstverständlich die Vorschriften über die Gewährfrist auch für den vertraglichen Wandlungsanspruch aus § 459, Abs. 2, 462 gelten. Das Gesetz sieht die hier fragliche Zusicherung mithin nur als auf eine Bekräftigung und Verstärkung der gesetzlichen Haftung gerichtet an und unterwirft den faktisch allein neu hinzutretenden Schadensersatzanspruch den gleichen Rechtssätzen wie die gesetzlichen Ansprüche wegen desselben Hauptmangels.

Ist mithin z. B. Rotzfreiheit des verkauften Pferdes garantiert, das Tier aber von vorneherein rotzkrank gewesen, so hat der Käufer:

a) kraft des Gesetzes den Anspruch auf Wandlung.

b) auf Grund der vertraglichen Zusicherung Anspruch auf Wandlung oder Schadensersatz.

Alle Ansprüche unterliegen aber den Vorschriften über die Gewährfristen.

[1]) Nicht: „der etwa vereinbarten (492) Gewährfrist; denn von einer durch Vertrag erst geschaffenen Gewährfrist ist in den §§ 482—490 überall noch gar nicht die Rede, sondern nur der gesetzlichen.

Unzutreffend dürfte dagegen die Ansicht Krückmanns[1]) sein, welcher die die vertragliche Zusicherung betreffenden Ansprüche auf Wandlung und Schadensersatz aus dem § 492 ableitet und sie — scheinbar ohne Rücksicht auf den Inhalt des § 490[2]) — mangels der Vereinbarung einer Gewährfrist nicht den Vorschriften über letztere unterwerfen will.

Krückmann[3]) betont folgendes:

1. Wer berechtigt uns, ohne weiteres in jede Zusicherung wegen Hauptmängel die Abmachung einer Gewährfrist hineinzutragen und dadurch,

2. solange nur Gewährleistung und nicht Schadensersatz übernommen wird, eine solche Zusicherung völlig wertlos zu machen?

Die Berechtigung zu ersterer Annahme gibt, wie entwickelt, der klare Wortlaut des § 490. Aber auch das 2. Bedenken (vgl. auch Krückmann S. 96 und 97) dürfte ohne Bedeutung sein. Eine „Zusicherung", der Hauptmangel sei nicht vorhanden, ist, wenn nicht die Verpflichtung zum Schadensersatz übernommen werden soll, überhaupt keine „Zusicherung", sondern „Übernahme

---

[1]) S. 95 ff.

[2]) Ich glaube Krückmann S. 98 hierbei nicht mißzuverstehen. Sollte er etwa außer dem Schadensersatzanspruch aus 492 noch einen weiteren, dem § 490 unterfallenden dem Käufer geben wollen, so würde ja derselbe Anspruch doppelt und aus dem gleichen Rechtsgrund (§ 463) hergeleitet. Denn der im § 490 erwähnte Schadensersatzanspruch ist nur zu erklären als solcher wegen Fehlens einer „zugesicherten Eigenschaft" (463).

[3]) S. 98 oben, vgl. auch S. 96 unten.

der Gewährleistung.“ Daß aber das Gesetz eine solche vertragliche Übernahme in Ansehung von Hauptmängeln lediglich als bedeutungslose Bekräftigung der getetzlichen Gewährleistungspflicht auffaßt, ergibt schon der § 492, der nur die Gewährleistungsübernahme wegen Nichthauptmängel regelt.

Krückmanns Ansicht, im Falle einer solchen „Zusicherung“ habe der Käufer neben dem gesetzlichen Wandlungsanspruch einen vertragsmäßigen ohne Gewährfrist, kann ich daher nicht beitreten. Einer besonderen auf Herbeiführung dieser eigenartigen Rechtslage gerichteten Vereinbarung würde freilich nichts im Wege stehen.

Daß die Zusicherung der Freiheit von Hauptmängeln nicht dem § 492,[1]) sondern nur der (speziellen) Bestimmung in § 490 unterfällt, ist auch vorwiegende Meinung.[2])

Sehr streitig ist dagegen, ob Zusicherungen, welche außer anderem auch die Freiheit von Hauptmängeln mitumfassen, wie vor allem die Zusicherung der Gesundheit,[3]) in allen Beziehungen dem § 492 unterstehen,[4])

---

[1]) Wenn man ihn nicht (s. u.) durch einen Zusatz aus § 490 ergänzt.

[2]) Vergl. u. a. Stölzle S. 221 und im Recht VIII, S. 299, Schuhmacher S. 67. Dageg. Krückmann S. 95 ff; vergl. aber auch Plank A. 1 a γ zu 492.

[3]) Daß hier die Zusicherung einer Eigenschaft vorliegt, bestätigt die Entsch. des R. G. v. 16. V. 02. (Jur. Woch. 1902, Beil. 8 S. 239.)

[4]) Stölzle S. 222 ff. und im Recht VIII, S. 299, Zitzlaff im Recht VIII S. 42.

oder ob der § 492, soweit die Zusicherung die Freiheit von Hauptmängeln betrifft, nicht anwendbar ist.[1])

Der ersteren Ansicht dürfte der klare Wortlaut des § 490 entgegenstehen. Ist Gesundheit des Tieres zugesichert, so erscheint auch hier ein sich zeigender Hauptmangel als ein solcher, „dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat", (490); also müssen gemäß § 490 auch hier für die vertraglichen Ansprüche in Ansehung des Hauptmangels die Gewährfristen gelten. Die in § 490 genannte Zusicherung etwa nur auf die Garantie der Abwesenheit eines einzelnen bestimmten Hauptmangels zu beziehen, erscheint nicht angängig. Der Fall, wo der Verkäufer z. B. die Garantie für sämtliche einzeln aufgezählte Hauptmängel übernimmt, kann unmöglich anders behandelt werden, als wenn er „für alle Hauptmängel" garantiert. Und ebenso hann es nicht erheblich sein, ob der Verkäufer zusichert, das Tier „habe weder Hauptmängel noch sonst irgend welche Mängel" oder ob er garantiert, das Tier „habe keine Mängel", „sei gesund". Diese Fälle dürften alle gleich zu behandeln sein.[2])

Vom Standpunkt des Gesetzes aus, das, wie § 490 zeigt, in allen Fällen, wo eine Zusicherung das Nichtvorhandensein von Hauptmängeln betrifft, die Vorschriften über die Gewährfristen angewendet sehen will, ist die Zusicherung der Gesundheit zu zerlegen in

---

[1]) So Hirsch im Recht VIII, S. 476 und das von Stölzle im Recht VIII, S. 299 bekämpfte landgerichtliche Urteil.

[2]) A. A. Stölzle im Recht VIII, S. 299. II.

1. die Zusicherung, es seien keine Hauptmängel vorhanden; auf diese finden §§ 482—485 Anwendung; und

2. die Zusicherung, es seien keine sonstigen Mängel vorhanden. Hier gilt mangels besonderer Vereinbarung keine Gewährfrist.[1])

Der § 492, der ebenso wie der § 490 Abs. 1 seine jetzige Fassung erst nachträglich im 2. Entwurf erhalten hat, ist aus dem § 490 etwa dahin zu ergänzen: . . . ., so finden die Vorschriften der §§ 487—491 und, soweit die Zusicherung des Nichtvorhandensein eines Hauptmangels betrifft, oder wenn eine Gewährfrist vereinbart wird, auch die Vorschriften der §§ 483—485 entsprechende Anwendung. Soweit die §§ 483—485 keine Anwendung finden, beginnt die Verjährung . . . . .

Diese Zerlegung der Zusicherung scheint mir mit Rücksicht auf die Bestimmung im § 490 unvermeidlich. Daß sie im praktischen Resultat zu großen Ungerechtigkeiten führt, wird ohne Grund behauptet.[2])

Freilich gibt nach der hier vertretenen Ansicht ein Hauptmangel, der nach 4 Wochen sich zeigt, dem Käufer keine Ansprüche mehr, hingegen jeder sich dann erst zeigende Nichthauptmangel. Aber dies liegt daran, daß der Hauptmangel nur ganz ausnahmsweise erst nach Ablauf der Gewährfrist sich zeigt, während für die Nichthauptmängel meist gerade wegen ihres völlig unbestimmten Hervortretens keine gesetzlichen Gewähr-

---

[1]) Übereinst. die von Stölzle (Recht VIII, S. 300) angeführte Entscheidung.

[2]) Stölzle im Recht VIII, S. 301, Zitzlaff desgl., S. 42. Vgl. gegen sie Hirsch, Recht VIII, S. 476, 3. Abs.

fristen sich aufstellen ließen. Mit vollem Recht betont Hirsch[1]), daß bei der überaus großen Häufigkeit der Zusicherung, das Tier sei gesund, die gesamte vom Gesetzgeber mit den §§ 483—485 bezweckte Beschränkung der Viehmängelwähr, praktisch nahezu ganz bedeutungslos zu sein, würde, falls beim Hervortreten von Hauptmängeln die aus dieser Zusicherung vertraglich erwachsenden Ansprüche den Vorschriften über die Gewährfristen nicht unterworfen wären.

Der Standpunkt Stölzle's, daß wegen eines sich zeigenden Hauptmangels

1. auf Grund der Zusicherung der Gesundheit: von Gewährfristen unabhängige Ansprüche auf Schadensersatz und Wandlung aus § 492,

2. auf Grund Gesetzes der Wandlungsanspruch[2]) aus § 487

begründet sei, verstößt gegen den klaren Wortlaut des § 490.

---

[1]) Recht VIII, S. 476.

[2]) Sollte Stölzle (S. 301 im Recht) etwa auch noch einen weiteren Schadensersatzanspruch gemäß § 490 gewähren wollen, so gilt auch gegen ihn das oben S. 114 Anm. 2 Gesagte.